# Noções Gerais de DIREITO e FORMAÇÃO HUMANÍSTICA

JOÃO PAULO LORDELO

# Noções Gerais de DIREITO e FORMAÇÃO HUMANÍSTICA

- Organizado de acordo com o programa da Resolução 75/2009 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ
- Inclui conteúdos de disciplinas de concursos públicos do Ministério Público e defensorias públicas

4ª edição
Revista, ampliada e atualizada

Coordenação:
Mila Gouveia

2020

www.editorajuspodivm.com.br

*Dedicado à memória de Ailton Vidal Lordello Guimarães.*

"Omolu, Ogum, Oxum, Oxumaré
Todo o pessoal
Manda descer pra ver
Filhos de Gandhi".

***Gilberto Gil***

# NOTA DO AUTOR À 4.ª EDIÇÃO

A quarta edição do manual sofreu relevante alteração. Isso porque foram agregados tópicos que integram o conteúdo programático de editais de concursos do Ministério Público e das defensorias públicas, notadamente nos campos da sociologia, filosofia e psicologia jurídicas.

Além disso, mais uma vez, a partir das questões cobradas em concursos públicos recentes, alguns temas tiveram a explicação revisada, de maneira a aprimorar a apresentação didática do conteúdo.

Por fim, foram feitas mais algumas correções formais, atualizações legislativas, bem como acréscimos em alguns temas, a exemplo das considerações a respeito do uso de ferramentas de inteligência artificial pelo Poder Judiciário.

O resultado é o aperfeiçoamento contínuo da obra, mantendo-se o seu fiel objetivo de, com máxima objetividade, ajudar na conquista do ingresso na tão sonhada carreira jurídica.

Brasília/DF, 22 de março de 2020.

**João Paulo Lordelo**

# NOTA DO AUTOR À 3.ª EDIÇÃO

A terceira edição da presente obra teve por objetivo a realização de um ajuste fino no conteúdo. A partir das questões cobradas em concursos públicos recentes, alguns temas tiveram a explicação revisada, de maneira a aprimorar a apresentação didática do conteúdo. É o caso do conceito de equiprimordialidade ou cooriginalidade em Habermas, objeto de cobrança em concurso para o cargo de Juiz de Direito do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

Além disso, foram feitas algumas correções formais e acrescentados diversos temas, a exemplo das considerações a respeito da teoria do conflito, da análise econômica do direito, bem como as inovações normativas oriundas do Conselho Nacional de Justiça.

Foram renovadas também as questões de concursos trazidas no livro.

O resultado é o aperfeiçoamento contínuo da obra, mantendo-se o seu fiel objetivo de ajudar na conquista do ingresso na tão sonhada carreira jurídica.

Cancún, México, 20 de janeiro de 2019.

**João Paulo Lordelo**

# NOTA DO AUTOR À 2.ª EDIÇÃO

São muitas as novidades da segunda edição da presente obra. Dois capítulos receberam especial atenção: os de psicologia jurídica e filosofia do direito. O motivo é bastante simples: tais disciplinas têm recebido maior atenção em provas de concursos públicos, não apenas da magistratura, mas também de outras carreiras jurídicas. Nos últimos anos, a filosofia e a psicologia têm se popularizado, bem como sido alvo de intensos debates, sendo inevitável o caminho da interdisciplinaridade jurídica, seja nas academias jurídicas, seja nas bancas de concursos públicos.

Foram renovadas também as questões de concursos trazidas no livro – e o próprio conteúdo foi ampliado a partir de tais questões. Infelizmente, diante da amplitude temática, ainda há uma certa carga de imprecisão na cobrança das disciplinas em questão.

O tema da hermenêutica jurídica também foi ampliado, sendo melhor desenvolvido o pensamento de diversos autores, sempre com a preocupação de se manter a objetividade e a sistematicidade.

Em tempo, foram feitos alguns ajustes na edição da obra, a partir da colaboração dos leitores. O resultado é o que se encontra em suas mãos.

Brasília/DF, 6 de janeiro de 2018.

**João Paulo Lordelo**

# APRESENTAÇÃO

Quando, no ano de 2012, o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia publicou o Edital n. 01, deflagrando o concurso público para ingresso no cargo de Juiz de Direito Substituto, deparei-me, pela primeira vez, com o desafio de estudar o programa das "Noções gerais de Direito e formação humanística".

Naquela época, o "tribunal mais antigo das Américas" se encontrava num jejum de alguns anos sem admitir novos juízes, razão pela qual muitas vagas vieram a ser oferecidas. Era uma oportunidade de ouro. Depois de muito estudar e revisar o conteúdo das demais disciplinas, procurei algo que ajudasse a estudar os então desconhecidos temas da Psicologia Jurídica, Sociologia Jurídica, Ética e Estatuto da Magistratura e Teoria Geral do Direito e da Política.

O resultado foi desastroso: embora houvesse (e haja) diversos livros sobre os referidos temas, nenhum deles consolidava, de forma objetiva, concisa e direta, as informações mais relevantes para o que exige a Resolução n. 75/2009 do Conselho Nacional de Justiça. Tampouco os livros abordavam qualquer questão cobrada em alguma prova. Consequentemente, fui obrigado a ler diversos livros muito extensos e sem foco, para então me deparar, no dia da prova, com perguntas que não haviam sido abordadas na minha leitura.

Embora, por sorte divina, tenha conseguido a sonhada aprovação no concurso público, prometi a mim mesmo que escreveria este livro, que se encontra em suas mãos, valendo-me também das notas que fiz e das aulas que ministrei em cursos preparatórios para concursos públicos, especialmente com base nas questões cobradas nos concursos da magistratura estadual, federal e do trabalho. Após postergar algumas vezes o projeto, resolvi enfim colocá-lo em prática, tomando

as cautelas necessárias para escrever algo que seja, ao mesmo tempo, objetivo e completo.

O resultado são as páginas seguintes, que espero que agradem ao leitor ao menos da mesma forma que me foi agradável escrevê-las.

Uma boa leitura!

**João Paulo Lordelo**

# SUMÁRIO

**Capítulo I**

**SOCIOLOGIA DO DIREITO** .................................................... **25**

1. Introdução à sociologia da administração judiciária ... 25
   1.1. Aspectos gerenciais da atividade judiciária (administração e economia) .................................. 25
   1.2. Gestão ............................................................................ 26
2. Relações sociais e relações jurídicas .......................... 34
   2.1. A sociologia jurídica em Durkheim e Weber ... 34
   2.2. Controle social e o Direito .............................. 39
   2.3. Transformações sociais e Direito ...................... 46
   2.4. O pensamento de Michel Foucault: direito, poder e verdade jurídica .............................................. 49
      2.4.1 Direito e sociedade disciplinar: o criminoso como inimigo social e o panoptismo .................................................. 49
      2.4.2 O conhecimento como invenção ........ 52
      2.4.3 Prática penal e formas de verdade ..... 54
3. Direito, Comunicação Social e opinião pública ......... 59
   3.1. Introdução ...................................................... 59

3.2. A opinião pública e o Direito .......................... 59

3.3. O Direito na mídia .......................................... 63

3.4. Comunicação social do Poder Judiciário .......... 71

4. Conflitos sociais e mecanismos de resolução ............ 76

4.1. Aspectos gerais ................................................ 76

4.2. Sistemas não-judiciais de composição de litígios ... 78

4.3. O uso de ferramentas de inteligência artificial pelo sistema de justiça ........................................ 84

5. Tópicos especiais de sociologia jurídica ..................... 88

5.1. O Direito como ciência ..................................... 88

5.2. O Direito como ideologia ................................. 91

5.3. Direito estatal e extraestatal ........................... 92

5.4. A função simbólica do Direito .......................... 95

6. Questões de concurso ............................................... 97

**Capítulo II**

**PSICOLOGIA JURÍDICA ........................................................ 99**

1. A psicologia como ciência: estado atual .................... 99

1.1. Introdução ......................................................... 99

1.2. As diversas direções metodológicas de psicologia ............................................................ 100

2. A psicologia jurídica e a personalidade humana ...... 107

3. O inconsciente e a estrutura do psiquismo ............ 113

3.1. As contribuições de Sigmund Freud ............. 113

3.2. O pensamento de Carl Gustav Jung .............. 115

4. Psicologia jurídica: uma breve história e o papel do psicólogo jurídico ............................................... 118

5. Psicologia e Comunicação: relacionamento interpessoal, relacionamento do magistrado com a sociedade e a mídia ..... 121
5.1. Aspectos gerais sobre psicologia e comunicação ..... 121
5.2. Relacionamento interpessoal ..... 122
5.3. Relacionamento do magistrado com a sociedade e a mídia ..... 125
6. Problemas atuais da psicologia com reflexos no direito: assédio moral e assédio sexual ..... 127
7. Teoria do conflito e os mecanismos autocompositivos ..... 132
7.1. Introdução à teoria do conflito social ..... 132
7.2. Procedimentos, técnicas, posturas, condutas e mecanismos aptos a obter a solução alternativa dos conflitos ..... 134
8. O processo psicológico e a obtenção da verdade judicial ..... 138
8.1. Aspectos gerais ..... 138
8.2. O comportamento de partes e testemunhas ... 143
9. Questões de concurso ..... 148

**Capítulo III**

**ÉTICA E ESTATUTO JURÍDICO DA MAGISTRATURA NACIONAL ..... 153**

1. Regime jurídico da magistratura nacional ..... 153
1.1. Carreiras ..... 154
1.2. Ingresso ..... 160

1.3. Promoções ........................................................ 163

1.4. Remoções ........................................................ 172

2. Direitos e deveres funcionais da magistratura .......... 174

3. Código de Ética da Magistratura Nacional .............. 185

4. Sistemas de controle interno do Poder Judiciário .... 191

4.1. Conselho Nacional de Justiça (CNJ) .............. 192

4.2. Conselhos Superiores ................................ 201

4.3. Corregedorias ........................................ 206

4.4. Ouvidorias ................................................ 214

5. Responsabilidade administrativa, civil e criminal dos magistrados ........................................................ 216

6. Administração judicial ............................................ 226

6.1. Planejamento estratégico .............................. 226

6.2. Modernização da gestão ................................ 229

7. Questões de concurso ............................................ 235

**Capítulo IV**

**FILOSOFIA DO DIREITO** ........................................ **239**

1. O conceito de Justiça ............................................ 239

1.1. Sentido *lato* de Justiça, como valor universal .... 240

1.2. Sentido estrito de Justiça, como valor jurídico--político ............................................................ 245

1.3. Divergências sobre o conteúdo do conceito ... 247

2. O conceito de Direito ............................................ 248

2.1. Aspectos gerais ............................................ 248

2.2. Evolução histórica ........................................ 248

2.3. Jurisprudência dos conceitos, jurisprudência dos interesses e jurisprudência dos valores .... 252
2.4. Equidade .... 253
2.5. Direito e Moral .... 254
2.5.1. Teorias diferenciadoras .... 254
2.5.2. Julgamento moral e o Direito .... 260
3. A interpretação do Direito .... 266
3.1. Introdução .... 266
3.2. A superação dos métodos de interpretação mediante puro raciocínio lógico-dedutivo .... 268
3.3. O método de interpretação pela lógica do razoável .... 272
3.4. Interpretação constitucional, pré-compreensão e capacidades institucionais do intérprete .... 274
3.5. Principais métodos da hermenêutica jurídica constitucional: resumo geral .... 277
4. A filosofia do direito na história: breves apontamentos .... 279
4.1. Filosofia do Direito na Antiguidade .... 279
4.2. Filosofia do Direito na Idade Média .... 279
4.2.1. O pensamento de Santo Agostinho .... 279
4.2.2. O pensamento de São Tomás de Aquino .... 281
4.3. Filosofia do Direito na Idade Moderna .... 282
4.3.1. O pensamento de Thomas Hobbes .... 282
4.3.2. O pensamento de John Locke .... 287
4.3.3. O pensamento de Rousseau .... 290
4.3.4. O pensamento de Immanuel Kant .... 294

4.4. Filosofia do Direito na contemporaneidade (pós-Revolução Francesa) .......... 298

4.4.1. A Escola histórica do Direito e o pensamento de Savigny .......... 298

4.4.2. O pensamento de Karl Marx .......... 299

4.4.3. O positivismo jurídico de Hans Kelsen .......... 302

4.4.4. A crítica neojusnaturalista a Kelsen e o positivismo moderado de Norberto Bobbio .......... 304

4.4.5. O liberalismo igualitário de John Rawls .......... 307

4.4.6. A teoria dos sistemas de Niklas Luhmann .......... 309

4.4.7. O debate sobre a superação do positivismo jurídico em Hart e Dworkin .... 310

4.4.8. O pensamento pós-positivista de Robert Alexy .......... 314

4.4.9. A teoria da ação comunicativa de Jürgen Habermas .......... 318

4.4.10. O utilitarismo e a análise econômica do direito (*law and economics*) ........ 321

5. Questões de concurso .......... 325

**Capítulo V**

**TEORIA GERAL DO DIREITO E DA POLÍTICA .......... 331**

1. Direito objetivo e direito subjetivo .......... 331

2. Fontes do Direito objetivo .......... 333

2.1. Aspectos gerais .......... 333

2.2. Princípios gerais de Direito .......... 338

2.3. Jurisprudência ........................................ 341

2.4. Súmula vinculante ........................................ 343

3. Eficácia da lei no tempo ........................................ 347

3.1. Conflito de normas jurídicas no tempo e o Direito brasileiro ........................................ 347

3.2. Direito Penal ........................................ 350

3.3. Direito Civil ........................................ 354

3.4. Direito Constitucional ........................................ 355

3.5. Direito do Trabalho ........................................ 358

4. O conceito de Política ........................................ 358

4.1. Aspectos gerais ........................................ 358

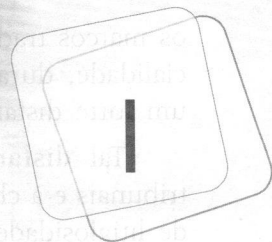
4.2. Política e Direito ........................................ 361

4.3. Política e Ética ........................................ 370

5. Ideologias ........................................ 372

6. A Declaração Universal dos Direitos do Homem ..... 373

7. Questões de concurso ........................................ 377

**BIBLIOGRAFIA ........................................ 379**

# SOCIOLOGIA DO DIREITO

**Sumário** • 1. Introdução à sociologia da administração judiciária. 1.1. Aspectos gerenciais da atividade judiciária (administração e economia). 1.2. Gestão. 2. Relações sociais e relações jurídicas. 2.1. A sociologia jurídica em Durkheim e Weber. 2.2. Controle social e o Direito. 2.3. Transformações sociais e Direito. 2.4. O pensamento de Michel Foucault: direito, poder e verdade jurídica. 3. Direito, Comunicação Social e opinião pública. 3.1. Introdução. 3.2. A opinião pública e o Direito. 3.3. O Direito na mídia. 3.4. Comunicação social do Poder Judiciário. 4. Conflitos sociais e mecanismos de resolução. 4.1. Aspectos gerais. 4.2. Sistemas não-judiciais de composição de litígios. 4.3. O uso de ferramentas de inteligência artificial pelo sistema de justiça. 5. Tópicos especiais de sociologia jurídica. 5.1. O Direito como ciência. 5.2. O Direito como ideologia. 5.3. Direito estatal e extraestatal. 5.4. A função simbólica do Direito. 6. Questões de concurso.

## 1. INTRODUÇÃO À SOCIOLOGIA DA ADMINISTRAÇÃO JUDICIÁRIA

### 1.1. Aspectos gerenciais da atividade judiciária (administração e economia)

Não é preciso muito esforço para perceber que os juízes de hoje são muito diferentes dos juízes de poucas décadas atrás. Sob

os marcos tradicionais da inércia da jurisdição e da pretensa imparcialidade, durante muito tempo, a magistratura se caracterizou por um forte distanciamento em relação à sociedade.

Tal **distanciamento**, somado à excessiva **burocratização** dos tribunais e à chamada **crise da Justiça** – em especial com a explosão de litigiosidade, vivenciada em todo o mundo –, passou a exigir do Poder Judiciário uma nova forma de se administrar e formar seus juízes.

A Resolução n. 75 do Conselho Nacional de Justiça, ao abordar o tópico da sociologia do Direito, optou por conferir especial destaque aos aspectos gerenciais da atividade judiciária, partindo do pressuposto de que novas atribuições devem ser agregadas aos juízes brasileiros.

De fato, em especial a partir dos anos 90 do século XX, o crescimento do volume e da complexidade das demandas judiciais expôs a ausência de uma cultura gerencial da atividade judiciária, o que contribuía fortemente para a sua ineficiência. Antes do final do século XX, os tribunais, em todo o mundo, eram marcados por um **modelo de administração tradicional, hierarquizado e burocrático.**

Ao final do século, desenvolveu-se o **modelo gestionário**, também conhecido como **modelo da Defesa da Gestão pela Qualidade Total**, marcado pelas seguintes características: **a) fragmentação das unidades administrativas; b) incentivo à competição; c) utilização de ferramentas de tecnologia da informação; d) introdução de mecanismos de gestão oriundos da iniciativa privada.**

Por meio do novo modelo de gestão, o Poder Judiciário agrega aos seus membros (juízes, desembargadores e ministros) funções tipicamente gerenciais, com objetivos e metas. Agregam-se, ainda, novos deveres de informação e transparência, em favor da comunidade externa.

## 1.2. Gestão

No Brasil, coube à Emenda Constitucional n. 45/2004 a tarefa de fazer uma nítida reforma no Poder Judiciário, em especial por meio da criação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), previsto no art. 92, I-A, da Constituição da República.

Nos termos do art. 103-B, § 4º, da Constituição, ao CNJ compete o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes. Na missão de zelar pela autonomia do Poder Judiciário, incumbe-lhe expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências.

Compete-lhe, ainda, zelar pela observância do art. 37 da Constituição e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União.

Por fim, ainda no que se refere às suas funções, merecem destaque duas competências diretamente relacionadas com a administração gerencial: a) elaborar semestralmente relatório estatístico sobre processos e sentenças prolatadas, por unidade da Federação, nos diferentes órgãos do Poder Judiciário; b) elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias, sobre a situação do Poder Judiciário no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar mensagem do Presidente do Supremo Tribunal Federal a ser remetida ao Congresso Nacional, por ocasião da abertura da sessão legislativa.

No que concerne à sua composição, o Conselho Nacional de Justiça compõe-se de 15 (quinze) membros com mandato de 2 (dois) anos, admitida 1 (uma) recondução, sendo: I – o Presidente do Supremo Tribunal Federal; II – um Ministro do Superior Tribunal de Justiça, indicado pelo respectivo tribunal; III – um Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, indicado pelo respectivo tribunal; IV – um desembargador de Tribunal de Justiça, indicado pelo Supremo Tribunal Federal; V um juiz estadual, indicado pelo Supremo Tribunal Federal; VI – um juiz de Tribunal Regional Federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça; VII – um juiz federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça; VIII – um juiz de Tribunal Regional do Trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho; IX – um juiz do trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho; X – um membro do Ministério Público da União, indicado pelo Procurador--Geral da República; XI – um membro do Ministério Público esta-

dual, escolhido pelo Procurador-Geral da República dentre os nomes indicados pelo órgão competente de cada instituição estadual; XII – dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; XIII – dois cidadãos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal.

Assim que instalado, o Conselho Nacional de Justiça passou a elaborar diversos atos normativos colegiados, merecendo destaque a Resolução n. 70 de 18/03/2009, posteriormente revogada, que tratou sobre o Planejamento e a Gestão Estratégica no âmbito do Poder Judiciário. Cuida-se do texto normativo que serviu de base ao estudo da sociologia da administração judiciária.

A citada Resolução parte de algumas premissas básicas. A primeira consiste na afirmação de **ser o CNJ o órgão responsável por coordenar o planejamento e a gestão estratégica do Poder Judiciário**. A segunda consiste no reconhecimento da **unicidade do Poder Judiciário**, a exigir a implementação de diretrizes nacionais para nortear a atuação institucional de todos os seus órgãos. A terceira reside na constatação da necessidade de se conferir maior continuidade administrativa aos tribunais, independentemente das alternâncias de seus gestores.

Pelo art. 1º da Resolução n. 70/2009, foi instituído o **Planejamento Estratégico do Poder Judiciário**, consolidado no Plano Estratégico Nacional previsto em seu Anexo. Posteriormente, considerando-se a necessidade de revisar o plano estratégico estabelecido, a Resolução n. 70/2009 foi revogada pela **Resolução n. 198 de 01/07/2014**, que estabeleceu a Estratégia Nacional do Poder Judiciário para o sexênio 2015/2020 (Estratégia Judiciário 2020). A sua leitura é indicada para provas de concurso:

CAPÍTULO I

DAS DISPOSIÇÕES GERAIS

> Art. 1º Instituir a Estratégia Nacional do Poder Judiciário para o sexênio 2015/2020 – Estratégia Judiciário 2020 – aplicável aos tribunais indicados nos incisos II a VII do art. 92 da Constituição Federal e aos Conselhos da Justiça, nos termos do Anexo, sintetizada nos seguintes componentes:

a) Missão;

b) Visão;

c) Valores;

d) Macrodesafios do Poder Judiciário.

Parágrafo único. Os atos normativos e as políticas judiciárias emanados do CNJ serão fundamentados, no que couber, na Estratégia Nacional do Poder Judiciário.

Art. 2º Considera-se, para os efeitos desta Resolução:

I – Órgãos do Poder Judiciário: os tribunais indicados nos incisos II a VII do art. 92 da Constituição Federal; o Conselho Nacional de Justiça (CNJ); o Conselho da Justiça Federal (CJF); e o Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT);

II – Metas de Medição Continuada (MMC): metas aplicáveis aos órgãos do Poder Judiciário e acompanhadas pelo CNJ durante o período de vigência da Estratégia Nacional;

III – Metas de Medição Periódica (MMP): metas aplicáveis aos órgãos do Poder Judiciário e acompanhadas pelo CNJ para períodos predefinidos durante a vigência da Estratégia Nacional;

IV – Metas Nacionais (MN): conjunto de metas formado pelas Metas de Medição Continuada (MMC) e pelas Metas de Medição Periódica (MMP);

V – Iniciativa Estratégica Nacional (IEN): programa, projeto ou operação alinhado(a) à Estratégia Nacional do Poder Judiciário;

VI – Diretriz Estratégica (DE): orientações, instruções ou indicações a serem observadas na execução da Estratégia Nacional ou para se levar a termo uma meta ou iniciativa estratégica;

VII – Cesta de Indicadores e Iniciativas Estratégicas: repositório de métricas de desempenho institucional e de iniciativas (programas, projetos e operações).

CAPÍTULO II

DO DESDOBRAMENTO DA ESTRATÉGIA JUDICIÁRIO 2020

Art. 3º A Estratégia Judiciário 2020 poderá ser desdobrada e alinhada em três níveis de abrangência:

I – nacional, nos termos do Anexo, de aplicação obrigatória a todos os segmentos de justiça;

II – por segmento de justiça, de caráter facultativo;

III – por órgão do Judiciário, de caráter obrigatório, desdobrada a partir da estratégia nacional e, quando aplicável, também da estratégia do

respectivo segmento, sem prejuízo da inclusão das correspondentes especificidades.

Art. 4º Os órgãos do Judiciário devem alinhar seus respectivos planos estratégicos à Estratégia Judiciário 2020, com a possibilidade de revisões periódicas.

§ 1º Os planos estratégicos, de que trata o *caput*, devem:

I – ter abrangência mínima de 6 (seis) anos;

II – observar o conteúdo temático dos Macrodesafios do Poder Judiciário; e

III – contemplar as Metas Nacionais (MN) e Iniciativas Estratégicas Nacionais (IEN) aprovadas nos Encontros Nacionais do Judiciário, sem prejuízo de outras aprovadas para o segmento de justiça ou específicas do próprio tribunal ou conselho;

[...]

Art. 6º Os órgãos do Poder Judiciário devem promover a participação efetiva de magistrados de primeiro e segundo graus, ministros, serventuários e demais integrantes do sistema judiciário e de entidades de classe, na elaboração de suas propostas orçamentárias e de seus planejamentos estratégicos, garantida a contribuição da sociedade.

CAPÍTULO III

DA EXECUÇÃO DA ESTRATÉGIA

Art. 7º A execução da estratégia é de responsabilidade de magistrados de primeiro e segundo graus, conselheiros, ministros e serventuários do Poder Judiciário.

Parágrafo único. Para promover a estratégia, devem ser realizados eventos, pelo menos anualmente.

Art. 8º Os órgãos do Poder Judiciário manterão unidade de gestão estratégica para assessorar a elaboração, a implementação e o monitoramento do planejamento estratégico.

[...]

Art. 9º Os órgãos do Poder Judiciário realizarão Reuniões de Análise da Estratégia (RAE), pelo menos quadrimestralmente, para avaliação e acompanhamento dos resultados, nas quais poderão promover ajustes e outras medidas necessárias à melhoria do desempenho institucional.

CAPÍTULO IV

DA GOVERNANÇA

Art. 10. Compete à Presidência do CNJ, conjuntamente à Comissão Permanente de Gestão Estratégica, Estatística e Orçamento, assessoradas

pelo Departamento de Gestão Estratégica, coordenar as atividades de planejamento e gestão estratégica do Poder Judiciário, a preparação e a realização dos Encontros Nacionais.

Art. 11. À Rede de Governança Colaborativa do Poder Judiciário, coordenada pelo CNJ e com representação de todos os segmentos de justiça, compete apresentar propostas de aperfeiçoamento da Estratégia Judiciário 2020, bem como auxiliar a execução, o monitoramento dos trabalhos e a divulgação dos resultados, sem prejuízo de outras atribuições definidas em ato normativo expedido pela Presidência do CNJ.

[...]

CAPÍTULO V

DOS ENCONTROS NACIONAIS

Art. 12. Os Encontros Nacionais do Poder Judiciário serão realizados preferencialmente no mês de novembro de cada ano, observando-se os seguintes objetivos, sem prejuízo de outros:

I – avaliar a estratégia nacional;

II – divulgar e premiar o desempenho de tribunais, unidades e servidores no cumprimento das Metas Nacionais (MN), na criação e na implantação de boas práticas;

III – aprovar metas nacionais, diretrizes e iniciativas estratégicas para o biênio subsequente;

IV – ajustar, quando necessário, as metas nacionais, as diretrizes e as iniciativas estratégicas previamente aprovadas no encontro do ano anterior.

[...]

CAPÍTULO VI

DO BANCO DE BOAS PRÁTICAS

E IDEIAS PARA O JUDICIÁRIO (BPIJus)

Art. 13. O CNJ manterá disponível, no seu portal, o Banco de Boas Práticas e Ideias para o Judiciário (BPIJus), a ser continuamente atualizado, com o intuito de promover a divulgação e o compartilhamento de práticas e ideias inovadoras, visando ao aperfeiçoamento dos serviços judiciais.

Art. 14. O BPIJus será constituído da seguinte forma:

I – práticas sugeridas por servidores, tribunais ou conselhos do Poder Judiciário, alinhadas aos Macrodesafios mencionados no Anexo; e

II – ideias inovadoras para melhoria do Judiciário, apresentadas por qualquer pessoa.

[...]

O Anexo da citada Resolução agrega os seguintes componentes à Estratégia Nacional do Poder Judiciário:

| | |
|---|---|
| **Missão do Poder Judiciário** | Realizar justiça<br>Descrição: Fortalecer o Estado Democrático e fomentar a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, por meio de uma efetiva prestação jurisdicional |
| **Visão do Poder Judiciário** | Ser reconhecido pela sociedade como instrumento efetivo de justiça, equidade e paz social.<br>Descrição: Ter credibilidade e ser reconhecido como um Poder célere, acessível, responsável, imparcial, efetivo e justo, que busca o ideal democrático e promove a paz social, garantindo o exercício pleno dos direitos de cidadania. |
| **Atributos de valor para a sociedade:** | • Credibilidade;<br>• Celeridade;<br>• Modernidade;<br>• Acessibilidade;<br>• Transparência e Controle Social;<br>• Responsabilidade Social e Ambiental;<br>• Imparcialidade;<br>• Ética;<br>• Probidade. |
| **Macrodesafios do Poder Judiciário** | • Efetividade na prestação jurisdicional;<br>• Garantia dos direitos de cidadania;<br>• Combate à corrupção e à improbidade administrativa;<br>• Celeridade e produtividade na prestação jurisdicional;<br>• Adoção de soluções alternativas de conflito Gestão das demandas repetitivas e dos grandes litigantes;<br>• Impulso às execuções fiscais, cíveis e trabalhistas;<br>• Aprimoramento da gestão da justiça criminal;<br>• Fortalecimento da segurança do processo eleitoral;<br>• Melhoria da Gestão de Pessoas;<br>• Aperfeiçoamento da Gestão de Custos;<br>• Instituição da Governança Judiciária Melhoria da Infraestrutura e Governança de TI. |

Por fim, cabe destacar também o papel da Resolução n. 221 de 10/05/2016, que institui princípios de gestão participativa e democrática na elaboração das metas nacionais do Poder Judiciário e das políticas judiciárias do Conselho Nacional de Justiça.

Por ela, a gestão participativa e democrática constitui-se em método que enseja a magistrados, servidores e, quando oportuno, jurisdicionados a possibilidade de participar do processo decisório por meio de mecanismos participativos que permitam a expressão de opiniões plurais e a visão dos diversos segmentos e instâncias, no contexto do Poder Judiciário (art. 1º, parágrafo único).

Os seus artigos 2º e 3º estabelecem os seguintes princípios e condições necessárias ao desenvolvimento da gestão participativa:

> Art. 2º São princípios de gestão participativa e democrática:
>
> I – o desenvolvimento de uma cultura de participação nos tribunais, permeável às opiniões de magistrados de todos os graus de jurisdição e servidores, das respectivas associações de classe e dos jurisdicionados;
>
> II – o fortalecimento das estruturas de governança e da atuação em rede, a promover a integração do Poder Judiciário;
>
> III – o diálogo institucional como mecanismo de interação e cooperação permanentes entre os órgãos do Poder Judiciário e o Conselho Nacional de Justiça;
>
> IV – a aproximação entre o Poder Judiciário e a sociedade.
>
> Art. 3º São condições necessárias à efetiva participação:
>
> I – a governança em rede;
>
> II – a liderança dos representantes das redes;
>
> III – a disponibilidade de formas e meios de participação; e
>
> IV – a transparência.

Quanto às modalidades de processos participativos, o seu art. 4º estabelece o seguinte rol:

> Art. 4º Os processos participativos realizam-se por meio de diferentes modalidades, conforme o objetivo pretendido, o público-alvo, o tempo e os recursos disponíveis para sua realização.
>
> § 1º São modalidades de participação democrática, entre outras:
>
> I – mesa de diálogo: mecanismo de interação coordenado pelo CNJ, presencial ou a distância, com a participação de representantes de

diferentes órgãos do Poder Judiciário, e, eventualmente, dos demais Poderes e da sociedade civil, com o objetivo de trocar livremente ideias e experiências sobre tema específico e obter sugestões;

II – videoconferência: reuniões virtuais realizadas em tempo real com o auxílio tecnológico de áudio e vídeo que permitam o contato visual e sonoro entre pessoas localizadas em diferentes localidades, ou provenientes de diferentes tribunais, instituições ou da sociedade civil, quando for o caso;

III – enquetes e pesquisas: consiste na coleta de sugestões, manifestações ou opiniões sobre temas específicos.

IV – consulta pública: mecanismo participativo, de caráter consultivo, a se realizar por escrito, no formato e em prazo definidos previamente, aberto a qualquer interessado. As opiniões podem ser coletadas por formulários eletrônicos, e-mail ou outros meios;

V – audiência pública: meio de participação presencial, aberto a qualquer interessado, que possibilita a manifestação oral dos participantes, nos termos das regras definidas pelo Tribunal para a ocasião, e tem por objetivo possibilitar a expressão de opiniões, especializadas ou não, e a obtenção de soluções para demandas específicas;

VI – grupo de trabalho: grupo formalmente instituído para análise de demanda específica e apresentação de resultados sob a forma de estudos, relatórios e propostas de normatização, em prazo previamente estabelecido;

VII – fóruns e encontros: consiste na reunião presencial de diferentes órgãos do Poder Judiciário, por meio de seus representantes, para discussão de temas específicos e eventuais deliberações, que deverão ser registradas em ata específica para o evento.

VIII – ouvidorias: unidades de comunicação entre o cidadão e os órgãos do Poder Judiciário, que constitui espaço de participação social e democrática, e de controle da qualidade dos serviços públicos.

## 2. RELAÇÕES SOCIAIS E RELAÇÕES JURÍDICAS

### 2.1. A sociologia jurídica em Durkheim e Weber

A sociologia, como diversos outros ramos das chamadas ciências humanas, apresenta um objeto impreciso. Em outras palavras, não há consenso, dentre os mais variados autores, sobre as definições a respeito de qual seria o objeto da sociologia.

É possível, todavia, trabalhar com algumas noções fundamentais.

De início, podemos dizer que, sob um aspecto amplo, a sociologia consiste na ciência social que tem por objeto o estudo das **relações humanas**, ou seja, do comportamento do ser humano em relação aos seus pares. Assim sendo, também o Direito pode ser objeto da sociologia, como veremos adiante.

Uma das principais referências, tido por muitos como o criador da disciplina acadêmica da sociologia, ÉMILE DURKHEIM (1858-1917) defendia que o objeto da sociologia seriam os **fatos sociais estruturais**, numa perspectiva holística (geral). Os fatos sociais, quaisquer que sejam as suas origens (religiosa, jurídica, artística etc.), seriam elementos e instituições estruturantes externas aos indivíduos, capazes de determinar as suas ações. Observa-se, em Durkheim, uma linha de pensamento que centra suas atenções mais na sociedade como um todo e menos nos seus atores e ações individuais.

No clássico "Da Divisão do Trabalho Social" (1893), o autor analisa as funções sociais do trabalho, compreendido (o trabalho) como um relevante fator destinado não apenas à produção de bens e serviços, mas sobretudo como principal causa da **coesão social**. Nessa obra, o sociólogo traz o objetivo de esclarecer as relações entre a personalidade individual e a **solidariedade social**. Para tanto, são comparadas as sociedades primitivas e as contemporâneas, bem como os respectivos tipos de solidariedade. É ela (a solidariedade social) a base da divisão do trabalho social, consistindo no elemento que distingue as sociedades de um mero agrupamento de pessoas. Ela decorre do reconhecimento das relações de dependência e complementaridade entre os indivíduos, permitindo a manutenção da ordem social. Nas palavras do sociólogo, a solidariedade social "supõe dois seres dependentes um do outro, por serem ambos incompletos, e apenas traduz exteriormente essa dependência mútua"[1].

Partindo de tais premissas, Durkheim compreende que, nas chamadas sociedades primitivas, a divisão do trabalho social – ou seja, das funções exercidas pelos indivíduos no seio social – seria

---

[1] DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. 2. ed. Tradução: Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 27-28.

baixa e fundada na **solidariedade mecânica**, cujo núcleo residiria na **semelhança entre as pessoas**. Nessas sociedades de consciência coletiva, em época bem anterior ao surgimento do Estado-nação, a baixa "complexidade" das relações sociais teria conduzido a uma coesão social baseada na identidade entre os seus membros. O nexo de pertencimento residiria na semelhança. Consequentemente, o Direito – também pouco desenvolvido – possui um viés marcadamente **repressor**, como elemento de garantia da preservação dessa semelhança. Em termos mais simples, o indivíduo que "destoasse" dos seus pares era visto como um inimigo, um estrangeiro que deveria ser punido.

Nas palavras do autor, "existe uma solidariedade social proveniente do fato de que certo número de estados de consciência é comum a todos os membros da mesma sociedade. É ela que o direito repressivo figura materialmente, pelo menos no que ela tem de essencial"[2]. A palavra "mecânica" não significa que ela seja produzida por meios mecânicos e de modo artificial, consistindo em uma analogia com a coesão que une entre si os elementos do corpo bruto, em oposição à unidade dos corpos vivos.

Por outro lado, nas sociedades modernas, haveria a chamada **solidariedade orgânica**, marcada pela alta divisão do trabalho social e forte consciência individual. Em razão da maior complexidade e maior diferença entre as pessoas, reconhecidas como sujeitos dotados de dignidade individual, o Direito assume um caráter mais restitutivo e cooperativo. Confira-se:

> Aqui, pois a individualidade do todo aumenta ao mesmo tempo em que a das partes; a sociedade torna-se mais capaz de se moverem conjunto ao mesmo tempo em que cada um de seus elementos tem mais movimentos próprios. Essa solidariedade se assemelha à que observamos entre os animais superiores. De fato, cada órgão aí tem sua fisionomia especial, sua autonomia, e, contudo, a unidade do organismo é tanto maior quanto mais acentuada essa individuação das partes[3].

2 DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. 2. ed. Tradução: Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 83.

3 DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. 2. ed. Tradução: Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 109.

Vejamos a síntese desse pensamento:

| Sociedades primitivas | Sociedades modernas |
|---|---|
| Baixa divisão do trabalho social | Alta divisão do trabalho social |
| Forte consciência coletiva | Forte consciência individual |
| Solidariedade mecânica | Solidariedade orgânica |
| Direito de viés repressor | Direito de viés restitutivo ou cooperativo |

Outra grande referência no campo da sociologia, MAX WEBER (1864-1920) centrou suas atenções na chamada "**ação social**", definindo-a como o objeto da sociologia. Para Weber, "a ação social toma o significado de uma ação que, quanto ao sentido visado pelo indivíduo, tem como referência o comportamento de outros, orientando-se por estes em seu curso". Assim, a ação social "orienta-se pelas condutas sociais aprovadas pelos outros e compartilhadas por todos"[4].

A partir de tal raciocínio, Weber diferencia quatro tipos de ação social:

a) **Ação social referente a fins** – É determinada por um raciocínio que estabelece determinados objetivos, definindo as condições e meios para que se concretize. Ex.: um consumidor adquire um produto eletrônico levando em consideração sua utilidade, custo-benefício etc. Um indivíduo comete um crime para obter determinado proveito.

b) **Ação social referente a valores** – É determinada por um componente axiológico, ou seja, uma crença valorativa. Ex.: um consumidor adquire um produto eletrônico em razão da sua marca. Um indivíduo comete um crime movido por um valor.

c) **Ação social de modo afetivo** – É determinada por elementos de ordem emocional, ligados ao estado de consciência ou ao humor do agente. Ex.: consumidor adquire um produto

[4] DIAS, Reinaldo. *Sociologia do direito:* a abordagem do fenômeno jurídico como fato social. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 25.

eletrônico que mais lhe agrade. Um indivíduo comete um crime em razão de seu estado emocional.

d) **Ação social tradicional** – É determinada pelos hábitos, costumes, enfim, pela tradição. Ex.: consumidor adquire um determinado produto eletrônico por ser uma marca mais usada em sua família. Um indivíduo pratica determinado delito por se tratar de uma conduta desviante comum em seu meio social.

Ambos os autores, **Durkheim** e **Weber**, concebem o Direito como um possível objeto da sociologia jurídica, como explica Reinaldo Dias:

> Utilizando-se a análise de Durkheim, podemos identificar o Direito como fato social, que exerce uma coerção sobre os indivíduos, fazendo-os assumir condutas que são impostas por este fenômeno particular. O Direito como fato social impõe, através de normas jurídicas, maneiras de agir, pensar e sentir que são exteriores ao indivíduo, e que se lhe impõem, pois é dotado de um poder coercitivo específico.
>
> [...]
>
> A ação social para Weber é um componente universal e específico na vida social e fundamental para a organização da sociedade humana.
>
> O Direito, seja qual for o tipo de ação social envolvido, é um fenômeno social que pode ser analisado a partir do modelo proposto por Weber. E, enquanto tal, constitui-se de um conjunto de ações sociais, reguladas por normas, que formam um todo complexo que é o sistema jurídico.
>
> Desse modo, partindo-se das diferentes abordagens utilizadas por Weber e Durkheim, o Direito é um fenômeno social, perfeitamente caracterizado e como tal passível de ser abordado por uma disciplina específica que corresponde a um campo da sociologia que é denominado Sociologia do Direito ou Sociologia Jurídica[5].

Com base em tais premissas, de forma objetiva, podemos definir a **sociologia jurídica como um ramo da sociologia geral que tem por objeto o estudo do Direito como fato social, investigando a interação entre indivíduos sob normas jurídicas.**

---

5 DIAS, Reinaldo. *Sociologia do direito:* a abordagem do fenômeno jurídico como fato social. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 25-27.

## 2.2. Controle social e o Direito

O estudo das relações entre controle social, transformações sociais e o Direito pressupõe uma compreensão prévia a respeito do tema do **desvio social**.

Com efeito, a manutenção da **ordem social** depende do respeito a um padrão mínimo de comportamento entre as pessoas, a imprimir previsibilidade e, consequentemente, estabilidade às relações humanas. Nesse sentido, ensina Giuseppe Lumia que o **desvio social** consiste num comportamento de não-observância que o grupo desaprova, possuindo ampla gradação, podendo ir desde o mero desrespeito às regras de etiqueta até ações criminosas graves a ponto de colocar em risco a sobrevivência do grupo[6].

No campo jurídico, o comportamento desviante assume a natureza de ilícito. É importante ressaltar, contudo, que não há um "desvio social ontológico". É dizer: nenhuma conduta consiste em um desvio social por sua própria essência. Ao revés, para que assim seja considerada, deve ser definida como tal por um grupo. O desvio social pressupõe a violação de regras de um grupo ou da sociedade como um todo.

De igual modo, no Direito, a conduta humana pode, grosso modo, ser classificada como obediente ou não à ordem jurídica e, em quaisquer dos casos, inúmeras são as possíveis consequências trazidas pelo direito objetivo, a depender da natureza do ato praticado.

A ilicitude ou antijuridicidade de um ato – expressões tratadas pela doutrina como sinônimas – revelam a ideia de contrariedade ao ordenamento jurídico como um todo. Em razão disso, durante muito tempo, permaneceu a ideia de que os atos ilícitos não seriam jurídicos. A teoria pré-kelseniana, conforme explica Machado Neto, concebia o fato ilícito como "violação ou uma negação do direito, um fato contrário ao direito que se encontra, portanto, fora do direito"[7].

---

[6] LUMIA, 2003, p. 26 *apud* DIAS, Reinaldo. *Sociologia do direito:* a abordagem do fenômeno jurídico como fato social. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 155.

[7] MACHADO NETO, A.L. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 184.

Em outras palavras, dizia-se que um fato não poderia ser jurídico e, ao mesmo tempo, contrário ao ordenamento, posicionamento que não mais se justifica.

Conforme verbera a clássica lição romana, o direito nasce do fato: *ex facto oritur jus*. Logo, sem que haja um evento fático não existe qualquer alicerce significativo para que se estabeleça um vínculo jurídico. Por óbvio, conforme aponta MIGUEL REALE, isso "não implica a redução do Direito ao *fato*, tampouco em pensar que o fato seja mero *fato bruto*, pois os fatos, dos quais se origina o direito, são fatos humanos ou fatos naturais objeto de valorações humanas"[8].

Segundo o eminente autor, entende-se por fato jurídico todo e qualquer fato, de ordem física ou social, inserido em uma estrutura normativa. Este pode ser classificado em duas ordens: fatos jurídicos voluntários e fatos jurídicos naturais.

Naturais são os fatos jurídicos que, embora atinjam as relações jurídicas, independem da vontade do homem. Voluntários, por seu turno, são os fatos jurídicos que derivam da atuação humana (comissiva ou omissiva), de forma a influir sobre as relações jurídicas. Segundo lições de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, os fatos jurídicos voluntários podem ser divididos em negócios jurídicos e atos ilícitos[9].

Diante disso, é necessário entender que a antijuridicidade (ou ilicitude) não se confunde com a ideia de "extrajuridicidade". A ilicitude de um ato advém da valoração que o ordenamento jurídico confere a este. Antes de ser disciplinado – com a previsão, por exemplo, das sanções cabíveis –, é necessário que integre o direito positivo.

Em outras palavras, "o fato ilícito não pode tornar-se um objeto da ciência jurídica a menos que ela veja nele um elemento do direito, um fato determinado pelo direito, ou seja, a condição de uma consequência determinada pelo direito"[10].

---

8 REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 200.

9 PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. I, p. 459.

10 MACHADO NETO, A.L. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 184.

Esclarecedoras são as lições de Pontes de Miranda:

> O ato ilícito entra no mundo jurídico como fato que a regra jurídica previu, como prevê os fatos lícitos. No sentido "ato jurídico = ato que entrou no mundo jurídico", o ato ilícito é ato jurídico, pôsto que ilícito. O direito tanto se preocupa com os atos lícitos, que acolhe e regula, quanto com os atos contrários a êle, que êle tem de colocar no seu mundo (que é o mundo jurídico), em vez de previamente os repelir e os deixar de fora do mundo[11].

Embora jamais originem direitos àqueles que os realizam, os atos ilícitos têm o condão de criar deveres, que variam de acordo com a valoração que lhes seja dada pelo ordenamento. Tem-se, pois, que todo ato é ilícito porque é jurídico, na medida em que "o comportamento social do homem, ***lícito ou ilícito***, suscita efeitos jurídicos"[12].

Vencida esta fase, impõe-se conceituar, com maior precisão, o ato ilícito. Com efeito, **Sérgio Cavalieri Filho** acertadamente define-o como "o ato voluntário e consistente do ser humano, que transgride um dever jurídico"[13].

Em linhas gerais, é possível dizer que a marca da ilicitude reside na sanção, concebida, em um sentido mais amplo, como todas as medidas de que se vale um ordenamento para reforçar a observância de suas normas. Trata-se de consequência jurídica que o legislador prescreve quando almeja desestimular (em maior ou menor grau) determinada conduta das práticas sociais.

Diz-se, assim, que, com o intuito de inibir certa conduta, o legislador agrega à sua hipótese uma consequência geralmente não desejada pelos destinatários da norma, de modo que estes identifiquem o modal deôntico ***proibitivo*** ou ***obrigatório***[14] e evitem proceder da maneira reprimida.

---

[11] MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1954, t. II, p. 209.

[12] GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 413.

[13] CAVALIERI FILHO, Sérgio *apud* GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 1, p. 461.

[14] No que se refere às normas jurídicas de modal deôntico *permissivo*, não se pode cogitar a ocorrência de condutas ilícitas, pois não criam nenhum dever jurídico aos seus destinatários.

Veja-se que, nesses casos, não é o comando normativo em si que informa a ilicitude da conduta, mas sim as sanções que lhe são cominadas. É a partir delas que o destinatário da norma identifica a proibição e, por conseguinte, a antijuridicidade.

O Direito consiste, portanto, em uma poderosa ferramenta de preservação da ordem, imprimindo maior segurança, estabilidade e coesão às relações sociais. É, assim, um instrumento de **controle social**, revelando as suas funções **preventiva** e **repressiva**. Pelo viés preventivo, o Direito previne a ocorrência de comportamentos considerados desviantes, assegurando previsibilidade às relações humanas. Sob o aspecto **repressivo**, por sua vez, o Direito sanciona todos aqueles que apresentam comportamentos reprováveis, numa perspectiva retributiva.

Sob tais perspectivas, é possível percebê-lo como um claro **mecanismo de poder**, assim concebido como um instrumento capaz de determinar o comportamento dos outros, por meio de um sistema escalonado de normas.

A respeito do conceito de controle social, cuida-se de expressão que se tornou bastante conhecida a partir da obra *Social Control*, de Edward Ross, sociólogo americano. O sentido dado pelo autor, todavia, não se relaciona com a ideia do Direito como instrumento de controle social. Ao revés, para Ross, "a essência controladora seria assumida pela sociedade através do processo de socialização (interação social persuasiva), que provocaria a assimilação e internalização individual das normas culturais"[15].

Dito de uma forma mais clara, a ideia de controle social, em sua origem, está mais ligada ao controle exercido pela própria sociedade, em busca de uma maior integração e estabilidade social. Tal ideia está diretamente relacionada com o momento vivido pelos Estados Unidos, em especial com o número crescente de imigrantes a partir do século XIX, o que levantou preocupações, no campo da sociologia, no que concerne à necessidade de integrar socialmente tais imigrantes, com todas as suas particularidades culturais.

---

[15] DIAS, Reinaldo. *Sociologia do direito:* a abordagem do fenômeno jurídico como fato social. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 172.

Explicada a origem da expressão "controle social", é necessário perceber que, atualmente, há inúmeros significados que lhe podem ser atribuídos. A rigor, "em um sentido amplo, tudo aquilo que influencia o comportamento dos membros da sociedade pode ser entendido, de certa forma, como um tipo de controle social"[16], o que revela que nem todo controle social ostenta natureza jurídica. A título de exemplo, o processo de socialização constitui, por si só, uma forma de controle social, moldando o comportamento social das pessoas. A própria sociedade estabelece regras morais, com recompensas e punições próprias, o que é feito no âmbito da família, instituições religiosas, organizações políticas etc.

Assim, numa **concepção mais ampla**, o controle social não é exercido exclusivamente por meio de instituições jurídicas, sendo antes um mecanismo utilizado pela sociedade, consistente em um elemento próprio do processo de socialização, que exige reciprocidade entre as pessoas, de modo a imprimir maior integração e estabilização social. Evitam-se, assim, condutas desviantes, que põem em risco a convivência.

Numa concepção **mais restrita**, todavia, para fins didáticos, é possível conceber o controle social em duas vertentes, que dizem respeito à relação entre Estado e sociedade.

Com efeito, numa **primeira concepção mais restrita**, entende-se por controle social o **controle que o Estado exerce sobre a sociedade.** Nessa linha, é possível concebê-lo como o conjunto de instituições, em regra dotadas de sanções ou recompensas, com o objetivo de disciplinar (ou "domesticar", como preferem alguns autores) o indivíduo. Aqui insere-se o Direito, que consiste numa forma de controle social voltada à manutenção e restauração da ordem social. À luz da sociologia jurídica, o Direito consiste no principal instrumento de controle social, institucionalmente organizado, sistematizado e orientado para realizar o que se entende por "justiça".

Cabe ao Direito organizar e manter a ordem, de forma justa, legítima, figurando como uma forma de controle, o que pode ocorrer

[16] Alemão, Ivan; e BARROSO, Márcia Regina. *Sociologia do Direito para Concursos da Magistratura.* Edipro: São Paulo, 2011, p. 59.

para que se atinjam diversos fins, tais como a **socialização**, a **prevenção** de comportamentos desviantes, a **repressão** de comportamentos desviantes já praticados e a **ressocialização** daquele que praticou o comportamento desviante.

Para WEBER, o direito é marcado por dois grandes elementos: **a)** a **legitimidade** (elemento **interno**, consistente no seu reconhecimento social como uma ordem justa); e **b)** a **coação** (elemento **externo**, que confere eficácia a essa ordem).

Como forma de controle social, é possível atribuir ao Direito uma série de características, dentre elas a **certeza** (ou seja, a sua clareza no seio social), a **exigibilidade** (que decorre das sanções[17] que lhe conferem eficácia), a **generalidade** (consistente na sua aplicação a todos, como imperativo categórico que cria regras gerais de comportamento), a **expansividade** (sua capacidade de transformar em norma jurídica elementos que antes possuíam apenas conteúdo social); e a **uniformidade** (sua tendência de aplicação isonômica).

Por outro lado, **numa segunda concepção mais restrita**, o controle social é entendido como o controle da sociedade sobre a gestão pública. Cuida-se de uma forma mais recente de conceber o controle social, própria das democracias modernas. Tal vertente é didaticamente explicada no Portal da Transparência do Governo Federal:

> Controle Social
>
> As idéias de participação e controle social estão intimamente relacionadas: por meio da participação na gestão pública, os cidadãos podem intervir na tomada da decisão administrativa, orientando a Administração para que adote medidas que realmente atendam ao interesse público e, ao mesmo tempo, podem exercer controle sobre a ação do Estado, exigindo que o gestor público preste contas de sua atuação.
>
> A participação contínua da sociedade na gestão pública é um direito assegurado pela Constituição Federal, permitindo que os cidadãos não só participem da formulação das políticas públicas, mas, também, fiscalizem de forma permanente a aplicação dos recursos públicos.

[17] No estudo da sociologia, são reconhecidas sanções de diversas naturezas, a exemplo do constrangimento físico (a prisão, por exemplo), as sanções econômicas e as sanções sociais e religiosas, que se encontram foram do Direito.

> Assim, o cidadão tem o direito não só de escolher, de quatro em quatro anos, seus representantes, mas também de acompanhar de perto, durante todo o mandato, como esse poder delegado está sendo exercido, supervisionando e avaliando a tomada das decisões administrativas.
>
> É de fundamental importância que cada cidadão assuma essa tarefa de participar de gestão pública e de exercer o controle social do gasto do dinheiro público. A Controladoria-Geral da União (CGU) é um dos órgãos de controle da correta aplicação dos recursos federais repassados a estados, municípios e Distrito Federal. No entanto, devido às dimensões do Estado Brasileiro e do número muito grande de municípios que possui (5.560), a CGU conta com participação dos cidadãos para que o controle dos recursos seja feito de maneira ainda mais eficaz. Com a ajuda da sociedade, será mais fácil controlar os gastos do Governo Federal em todo Brasil e garantir, assim, a correta aplicação dos recursos públicos.
>
> [...][18]

É importante ressaltar, porém, que o comportamento desviante é "ao mesmo tempo, uma ameaça à estabilidade e uma forma de proteção"[19]. Isso porque, muito embora a sociedade demande ordem e previsibilidade social, o desvio social pode consistir em uma forma de adaptação cultural, evitando o engessamento da sociedade, como veremos no tópico seguinte. Com o passar do tempo, desvios sociais são incorporados e assumidos como comportamentos válidos, possibilitando a adaptação a novas demandas sociais, muitas vezes motivadas por questões tecnológicas.

Ainda a respeito do controle social, é importante registrar a importância das modernas **teorias macrossociológicas**, destacando-se duas: as **teorias funcionalistas** e as do **conflito social**. Com efeito, para os funcionalistas, ***a sociedade opera*** "como uma grande 'máquina'. Esta distribui papeis e recursos aos seus membros, que são identificados como as 'peças da máquina'. A finalidade da sociedade é a sua reprodução por meio do funcionamento perfeito de seus vários componentes". Por sua vez, as teorias do conflito social "entendem que na sociedade agem grupos com interesses estrutural-

---

[18] Disponível em: http://www.portaltransparencia.gov.br/controleSocial/.

[19] DIAS, Reinaldo. *Sociologia do direito:* a abordagem do fenômeno jurídico como fato social. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 156.

mente opostos, que se encontram em situação de desigualdade e em luta perpétua pelo poder". Assim, os teóricos do conflito "explicam o funcionamento social usando a hipótese da estratificação social"[20]. Vejamos, em síntese:

| Teorias funcionalistas-liberais | Teorias do conflito |
|---|---|
| Partem da ideia de que o controle social tem por objetivo impor regras e padrões de comportamento para preservar a coesão social perante comportamentos desviantes. O controle social serve para a promoção do bem-estar, por meio de agentes de controle, limitando-se ao mínimo necessário para o desempenho de tal tarefa. | Partem da ideia de que a sociedade é marcada pela existência de estratos sociais divergentes, em que grupos detentores de poder objetivam a manutenção do *status quo*.<br>Consequentemente, as regras de controle social não objetivam o bem-estar de todos, mas sim a perpetuação de relações de poder. |

## 2.3. Transformações sociais e Direito

Nem só de coerção vive o Direito.

O conceito de "mudança social" inicialmente atraiu a atenção de pesquisadores mais próximos das teorias evolucionistas, a exemplo de Herbert Spencer, conhecido como o "Pai do Darwinismo Social". Assim, em seu nascedouro, falava-se em mudança social como sinônimo de evolução social, um processo pelo qual as sociedades se desenvolvem para formas "mais altas" de vida social.

Por óbvio, nos tempos atuais, a mudança social assume um novo significado, consistindo, em sentido amplo, nas alterações das características de uma dada sociedade. Nesse sentido, leciona Allan Johnson que mudança social é "qualquer alteração nas características culturais, estruturais, demográficas ou ecológicas de um sistema social, como uma sociedade"[21].

É importante ressaltar que nem toda alteração do comportamento social pode ser fielmente concebida como uma verdadeira mudança

[20] SABADEL, Ana Lucia. *Manual de Sociologia Jurídica*. 6.ed. São Paulo: RT, 2014.

[21] JOHNSON, Allan G. *Dicionário de sociologia*. Trad. Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1997, p. 155.

social. Isso porque é comum o surgimento de modismos, sem relevante alteração das estruturas sociais a longo prazo.

Com efeito, as mudanças sociais podem ocorrer de duas formas: como uma lenta modificação das estruturas sociais ao longo do tempo ou forma acelerada, radical e súbita, a exemplo da revolução russa de 1917. As revoluções consistem em formas abruptas de mudanças sociais.

Não são poucos os fatos que conduzem para mudanças sociais, dentre eles questões de ordem **econômica**, **cultural**, **tecnológica**, **demográfica**, **biológica** e **normativa**. A título de exemplo, o desenvolvimento de novas tecnologias pode induzir a novas formas de comportamento, bem como à necessidade de novas formas de regulação jurídica.

A relação entre o Direito e as transformações sociais pode ocorrer basicamente de duas formas: **a) transformações jurídicas decorrentes de mudanças sociais**; e **b) mudanças sociais decorrentes de transformações jurídicas.**

No **primeiro aspecto**, é fácil perceber que o Direito, como elemento da cultura humana, também sobre influência das mudanças sociais, adaptando-se à realidade dinâmica. A título de exemplo, ressalta **Reinaldo Dias** que "dois fenômenos atuais, o aceleramento do processo de globalização e a revolução científico-tecnológica, provocam intensas transformações de toda ordem e afetam a estrutura jurídica de todas as sociedades nacionais"[22].

Há, portanto, diversos fatores sociais que geram transformações jurídicas, em especial as questões ligadas ao desenvolvimento econômico, tecnológico, às mudanças sociais e culturais etc. Embora numa velocidade menor, as mudanças jurídicas tendem a acompanhar as mudanças sociais. E essas mudanças não consistem apenas nas reformas legislativas: muitas vezes, as transformações jurídicas derivam de mudanças de interpretação, na construção de novos entendimentos a partir de um mesmo texto de lei. Um bom exemplo é a noção de vida, face às pesquisas com células-tronco.

---

[22] DIAS, Reinaldo. *Sociologia do direito:* a abordagem do fenômeno jurídico como fato social. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 199.

É bom que se diga, desde já, que **texto** e **norma** são coisas bem diversas. A norma é o resultado da interpretação do texto, seu ponto de partida. Assim, ainda que o texto legislativo não sofra qualquer alteração, as mudanças sociais podem gerar transformações nas normas extraídas desse texto.

Num **segundo aspecto**, é possível conceber o Direito não apenas como um elemento que muda a partir das mudanças sociais, mas sim como um fato social capaz de gerar modificações sociais. Em tal prisma, o Direito assume a função de elemento provocador, uma postura ativa. É possível dizer que **uma das funções do direito consiste justamente na institucionalização da mudança social**, ao lado de tantas outras, como a função de controle social, realização de justiça, legitimação do poder, integração social etc.

Não podemos negar que o Direito carrega, em seu bojo, elementos que servem para a **preservação da ordem.** É dizer: o Direito possui uma nítida face conservadora, tendente a manter as conquistas do passado. Mas isso não é tudo. Também o Direito deve possuir abertura para novas conquistas, novas mudanças. Daí surge o **caráter emancipador do Direito**, capaz, por exemplo, de reconhecer autonomia a comunidades indígenas, capaz de dar voz àqueles que sempre se situaram às margens da sociedade. Um dos grandes desafios da ordem jurídica consiste na justa equalização de seu aspecto conservador com seu lado emancipador/revolucionário.

Ao recair diretamente sobre o comportamento humano, seja reprimindo, seja libertando, o Direito gera mudanças sociais. Pensemos, a título de exemplo, numa eventual descriminalização do uso de determinadas drogas hoje consideradas ilícitas e o seu impacto na sociedade. Tal fato certamente produziria mudanças econômicas e comportamentais. O mesmo pode ser dito em relação a uma eventual descriminalização total do abortamento. Sem dúvida, a descriminalização do abortamento geraria mudanças sociais, nos mais variados aspectos.

Também o caráter **punitivo** ou **sancionador** do Direito tem, dentre os seus fins, a mudança social, na tentativa de induzir comportamentos mais benéficos à sociedade. A título de exemplo, mudanças na legislação de combate à corrupção podem, indiretamente, gerar uma

mais adequada proteção de direitos fundamentais, mudanças nas leis de trânsito podem induzir a um melhor comportamento social etc. A função preventiva das sanções, por mais que criticável que seja, tem por objetivo (também) causar mudanças sociais.

Em síntese, existe uma **relação circular** entre o Direito e as mudanças sociais, que se alimentam reciprocamente.

## 2.4. O pensamento de Michel Foucault: direito, poder e verdade jurídica

Nascido em Poitiers, na França, no ano de 1926, Michel Foucault foi certamente um dos principais pensadores ocidentais do século XX. Embora o autor não seja propriamente um jurista, seu pensamento possui íntima relação com o Direito. Em verdade, é bastante difícil de "encaixar" Foucault em uma categoria do saber. Ele mesmo, com frequência, dizia-se historiador e filósofo e, posteriormente, negava tais rótulos.

Foucault foi um forte crítico da modernidade, vista por ele como falsamente universalizante e excludente. A ideia moderna – concebida por autores como Kant e Descartes – de reconhecimento da autonomia do sujeito racional, universal e individualista, é fortemente descontruída pelo autor.

Seu trabalho caminha num sentido oposto: ele expõe as mazelas da modernidade, através de uma "**microfísica do poder**", ou seja, de um trabalho de identificação das variadas relações de poder na sociedade, marcadas pelo arbítrio e por diversas formas de violência – algumas delas, de caráter simbólico, ou seja, silencioso.

### 2.4.1 Direito e sociedade disciplinar: o criminoso como inimigo social e o panoptismo

O centro do estudo de Foucault é o poder. A críticas às instituições sociais é uma temática comum em suas obras e palestras, ocupando-se de assuntos como a psiquiatria, as prisões e a medicina. Pode-se dizer que o pensador faz uma investigação **arqueológica** das

tramas do poder e do saber, concebendo o poder como múltiplas partículas microscópicas que se encontram em todos os locais – o que inclui o Direito. Os elementos principais do seu trabalho são: poder, disciplina, controle, vigilância etc.

A disciplina na modernidade, na ótica do autor, tem um caráter normalizante, de dizer o que é certo e o que é errado, separando o patológico do normal. O saber também é objeto de seu estudo: o saber que dita o que é certo/verdadeiro e o que é errado/falso. Daí o dualismo saber-poder.

Para Foucault, a sociedade contemporânea merece o nome de "sociedade disciplinar", cuja formação é caracterizada "pelo aparecimento, no final do século XVIII e início do século XIX, de dois fatos contraditórios, ou melhor, de um fato que tem dois aspectos, dois lados aparentemente contraditórios: a reforma, a reorganização do sistema judiciário e penal nos diferentes países da Europa e do mundo"[23].

Essa análise parte de uma investigação a respeito da reelaboração da teoria penal, encontrada em autores como Beccaria, Bentham e Brissot, cujo princípio fundamental reside na ideia de que a infração penal não possui relação com a falta moral ou religiosa. O crime é a ruptura com a lei estabelecida no interior de uma sociedade pelo lado legislativo do poder político. Em termos mais simples, só há crime se a lei assim considerar uma determinada conduta. Essa lei, para os mencionados autores, deve representar o que é útil para a sociedade. **Assim, o criminoso é aquele que perturba a sociedade, o inimigo social**[24]. O inimigo social é um inimigo interno, o indivíduo que, no interior da sociedade, rompe o pacto que havia teoricamente estabelecido.

Firmadas essas premissas, os citados teóricos conceberam quatro possíveis espécies de punição ao "inimigo social": a) expulsão do seio da sociedade; b) o isolamento do infrator dentro do próprio local; c) a reparação do dano social; d) a tentativa de inibir o infrator, deses-

[23] FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 3. ed. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2005, p. 79.

[24] Essa noção do criminoso como inimigo social já havia sido exposta em Rousseau, ao afirmar que o criminoso é aquele que rompeu o pacto social.

timulando a reincidência, o que incluiria a pena de talião ("mata-se quem matou; tomam-se os bens de quem roubou etc.").

Os princípios teóricos encontrados em autores como Bentham e Beccaria, todavia, foram rapidamente esquecidos, permanecendo, como "pena padrão", a prisão, cuja fundamentação teórica não havia sido bem desenvolvida. Dessa constatação, Foucault compreende que a legislação penal, a partir do século XIX, vai se desviar da noção da sanção penal como o que é "socialmente útil", procurando ajustar-se ao indivíduo. A ideia passa a ser não a defesa geral da sociedade contra o "inimigo social", mas sim o controle e a reforma psicológica e moral das atitudes e do comportamento dos indivíduos, a partir da noção abstrata de "periculosidade", fonte de segregação. Afirma o autor:

> Toda a penalidade do século XIX passa a ser um controle não tanto sobre se o que fizeram os indivíduos está em conformidade ou não com a lei, mas ao nível do que podem fazer, do que são capazes de fazer, do que estão sujeitos a fazer, do que estão na iminência de fazer. Assim, a grande noção da criminologia e da penalidade em fins do século XIX foi a escandalosa noção, em termos de teoria penal, de periculosidade. A noção de periculosidade significa que o indivíduo deve ser considerado pela sociedade ao nível de suas virtualidades e não ao nível de seus atos; não ao nível das infrações efetivas a uma lei efetiva, mas das virtualidades de comportamento que elas representam.[25]

Um dos maiores símbolos dessa sociedade disciplinar, como representação de um esquema de vigilância generalizada, é o panóptico. Idealizado por Jeremy Bentham, cuida-se de um modelo arquitetônico de um edifício em forma de anel, no meio do qual haveria um pátio com uma torre no centro. Esse ano seria dividido em celas pequenas, que seriam para o interior e para o exterior.

Segundo Foucault, o panóptico seria uma utopia, um símbolo de uma sociedade de controle total ("sociedade da ortopedia generalizada"). Ele pode ser concebido como uma forma de arquitetura que permite o exercício do controle constante por um único vigilante, que não pode ser observado por quem ele examina. Essa forma de

[25] FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 3. ed. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2005, p.85.

controle poderia ser utilizada em escolas, hospitais, casas de correção, fábricas, hospícios e, sobretudo, prisões.

Conclui Michel Foucault: "o panoptismo é um dos traços característicos da nossa sociedade. É uma forma de poder que se exerce sobre os indivíduos em forma de vigilância individual e contínua, em forma de controle de punição e recompensa e em forma de correção, isto é, de formação e transformação dos indivíduos em função de certas normas. Este tríplice aspecto do panoptismo – vigilância, controle e correção – parece ser uma dimensão fundamental e característica das relações de poder que existem em nossa sociedade".

## 2.4.2 O conhecimento como invenção

Em importante conferência realizada no ano de 1973, Foucault desenvolveu o seu raciocínio a respeito do "conhecimento como invenção".

Logo do início da conferência, o autor revela que uma das grandes críticas que faz à modernidade ocorre através da desconstrução do conceito de verdade, valendo-se do pensamento de Friedrich Nietzsche e até mesmo da psicologia.

Diz Foucault: "Há dois ou três séculos, a filosofia ocidental postulava, explícita ou implicitamente, o sujeito como fundamento, como núcleo central de todo conhecimento, como aquilo em que e a partir de que a liberdade se revelava e a verdade podia explodir. Ora, parece-me que a psicanálise pôs em questão, de maneira enfática, essa posição absoluta do sujeito"[26].

Ao rediscutir a tradição filosófica ocidental da ideia de verdade, ele assume o seu caráter transitório e contingente.

A construção dessa crítica deriva de uma prévia investigação da história da ciência, ou seja, da formação do pensamento científico moderno. Ao fazer essa investigação, numa ótica historiográfica, o autor expõe a existência de uma (falsa) perspectiva **evolucionista**

[26] FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 3. ed. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2005, p.10.

das ciências, como um saber que progressivamente se afasta do erro e se aproxima da verdade.

O que Foucault propõe é algo diverso: a importância de ser analisado não apenas o conteúdo do saber científico, mas a sua **estrutura**, ou seja, o **modo** como o saber científico é construído. Em outras palavras, a sua preocupação consiste em compreender como determinadas sociedades constroem regras de produção do discurso verdadeiro. Nesse sentido, afirma: se quisermos conhecer o conhecimento, devemos nos aproximar não dos filósofos, mas dos políticos, compreendendo quais são as relações de luta e de poder.

Nessa análise crítica, o conhecimento científico é definido como algo sempre **provisório**, próprio de um certo tempo e espaço. Mais do que uma "descoberta" da verdade absoluta, o conhecimento é uma **invenção**, uma contingência, o produto de seu tempo, a partir de certas condições de existência, conduzidas pelo fio da história.

O uso da palavra "invenção" consiste em um empréstimo de um escrito de Nietzsche de 1873 (*Sobre Verdade e Mentira no Sentido Extramoral*): "Em algum ponto perdido deste universo, cujo clarão se estende a inúmeros sistemas solares, houve, uma vez, um astro sobre o qual animais inteligentes inventaram o conhecimento. Foi o instante da maior mentira e da suprema arrogância da história universal".

Ao brincar com as palavras, em um tom claramente irônico, Nietzsche afirma que o conhecimento foi "inventado" em um determinado planeta e em um determinado momento. A palavra "invenção" (*Erfindung*) se opõe a "*origem*" (*Ursprung*). Após discorrer a respeito dessas premissas, Foucault conclui:

> O conhecimento foi, portanto, inventado. Dizer que ele foi inventado é dizer que ele não tem origem. É dizer, de maneira mais precisa, por mais paradoxal que seja, que o conhecimento não está em absoluto inscrito na natureza humana. O conhecimento não constitui o mais antigo instinto do homem, ou inversamente, não há no comportamento humano, no apetite humano, no instinto humano, algo como o germe do conhecimento.[27]

[27] FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 3. ed. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2005, p.16.

O caráter contingente do conhecimento possui também uma relação com um outro elemento da filosofia ocidental. Um aspecto comum na filosofia moderna residia em identificar em Deus o fundamento último do saber humano. Seja em Descartes, em Kant ou Spinoza, Deus representa o elo, a garantia que permitiria aos homens conhecer bem as coisas do mundo, afastando-se do erro, da ilusão e do arbítrio.

Fundado na premissa nietzschiana de que a teoria do conhecimento deve ser apartada da teologia, Foucault conclui: a relação entre o conhecimento e as coisas conhecidas é arbitrária, de poder e de violência. As razões pelas quais os seres humanos desenvolvem o conhecimento para um sentido ou outro decorrem de rupturas, relações de dominação e subserviência, relações de poder.

### 2.4.3 Prática penal e formas de verdade

O desenvolvimento das ideias de Foucault a respeito da prática penal e das formas de verdade tem como referência o conjunto de cinco conferências pronunciadas na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro entre 21 e 25 de maio de 1973, dando origem à obra "A verdade e as formas jurídicas"[28].

Partindo das premissas já estabelecidas no tópico anterior (o conhecimento como invenção), o autor realiza uma profunda investigação histórica do processo de formação da verdade judicial, ou seja, das formas de reconstrução dos fatos em um ambiente de debate concreto a respeito da sua ocorrência.

Os marcos históricos são os seguintes:

**a) O inquérito nas práticas judiciárias da Grécia Antiga** – O primeiro testemunho a respeito da pesquisa da verdade no procedimento judiciário grego remonta à Ilíada (século VIII a.C.), poema épico atribuído a Homero que narra os eventos relativos à Guerra de Troia. Parte desse poema trata da história da contestação entre Antíloco e Menelau durante os jogos que se realizaram por ocasião da morte

---

[28] FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 3. ed. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2005.

de Pátroclo. Entre esses jogos, é narrada uma corrida de carruagem, organizada por Aquiles em homenagem ao falecido. Nessa corrida, um dos organizadores dos jogos posiciona alguém para fiscalizar a sua regularidade, figurando como verdadeira testemunha dos eventos. Ao final da corrida, Diomedes (um dos participantes) lidera, seguido por Antíloco. Menelau, que também participava, contesta o resultado, afirmando que Antíloco teria realizado uma manobra irregular, prejudicando o seu desempenho. Antíloco contesta, fazendo surgir um litígio. Nesse contexto, como estabelecer a verdade?

Curiosamente, em vez de recorrerem ao testemunho daquele incumbido de fiscalizar a regularidade da prova, a solução do litígio consiste em um desafio entre os envolvidos. Menelau desafia Antíloco: "Põe a tua mão direita na testa do teu cavalo; segura com a mão esquerda teu chicote e jura diante de Zeus que não cometeste irregularidade". Em resposta, Antíloco renuncia a jurar, reconhecendo assim que cometeu a irregularidade.

Essa narrativa revela como a prática judiciária da Grécia Antiga não recorria a testemunhos para investigar a ocorrência dos fatos. A descoberta da verdade dependia de uma espécie de jogo, de prova, ou seja, de um desafio que um adversário lançava ao outro. Caberia ao adversário aceitar o risco ou renunciar. Se, por acaso, Antíloco tivesse realmente jurado, a descoberta final da verdade ficaria a cargo dos deuses.

Conclui Foucault, a respeito dessa prática: "eis a velha e bastante arcaica prática da prova da verdade em que esta é estabelecida judiciariamente não por uma constatação, uma testemunha, um inquérito ou uma inquisição, mas sim por um jogo de prova"[29].

**b) A tragédia de Édipo e o surgimento do inquérito na Antiguidade** – Vista por Foucault como um grande testemunho que temos das práticas judiciárias gregas, a tragédia de Édipo, de autoria de Sófocles, consiste em uma história de um "procedimento de pesquisa da verdade que obedece exatamente às práticas judiciárias

[29] FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 3. ed. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2005, p. 33.

gregas dessa época"[30]. Fazendo-se uma breve síntese do seu enredo mitológico, Édipo tornou-se rei de Tebas após matar o seu pai, Laio, e casar-se com sua mãe, Jocasta. Ocorre que, ao fazê-lo, Édipo não sabia da sua relação de parentesco com ambos, pois, logo que nasceu, o seu pai o entregou para ser morto, ao receber do oráculo de Delfos a previsão de que o seu filho seria responsável por sua morte. Piedoso, um pastor coríntio resolve levar o bebê para sua cidade, onde será adotado pelo rei Pólibio.

Durante a tragédia de Édipo, surge o questionamento: seria Édipo o bebê que Laio havia deixado para morrer? Para a descoberta da verdade, embora também haja referência ao sistema de desafio e prova na história, Sófocles introduz algo novo: um procedimento de inquérito. A descoberta da verdade, como registra Foucault, é algo que obedece a um mecanismo que o filósofo chama de "lei das metades", ou seja, a construção de um resultado a partir da soma de elementos parciais.

Na tragédia contada por Sófocles, Édipo inicialmente manda consultar o deus de Delfos, o rei Apolo, que fornece uma informação ainda imprecisa ("o país está atingido por uma conspurcação"). Depois de questionar Creonte, irmão da rainha, sobre o tema, volta-se novamente a Apolo e realiza uma série de perguntas, que ainda são insuficientes à solução do caso. Édipo então questiona Tirésias, o adivinho, que o informa: "foste tu quem matou Laio". Apesar de agora saber que o indivíduo que matou no caminho de Tebas era Laio, Édipo ainda não tem a confirmação de que aquele era o seu pai. Para chegar à descoberta da verdade, Édipo também conta com o testemunho de um escravo coríntio, que, ao trazer a triste notícia da morte de Políbio, esclarece que ele não era o seu verdadeiro pai. Ao somar todos os mencionados testemunhos com um último, do pastor que havia recebido o encargo de matá-lo quando bebê, Édipo conforma que, de fato, não apenas matou Laio, como também ele era o seu pai – e Jocasta, a sua mãe.

Percebamos, portanto, como a descoberta da verdade, na tragédia de Édipo, depende da soma de uma série de fragmentos, de

[30] FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 3. ed. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2005, p.31.

testemunhos que confirmam um fato. Cuida-se aqui do surgimento da prática do inquérito, em oposição às práticas de natureza mágico-religiosa. Essa nova prática revela uma mudança radical no cenário político, uma conquista da democracia grega: o direito de testemunhar. Nesse momento, o povo passa a se apoderar do direito de julgar, da faculdade de dizer a verdade e até mesmo de opor a verdade aos seus senhores, abrindo caminho para o julgamento daqueles que o governam.

Essa nova prática, incorporada posteriormente pelo Império Romano, deu lugar a formas mais racionais de prova, de demonstração e de argumentação, desenvolvidos pela filosofia.

**c) O antigo Direito Germânico e o sistema de prova** – De forma curiosa, essa grande conquista da democracia grega se perdeu na história por um largo período, somente ressurgindo mais tarde, na Idade Média. O velho Direito Germânico consistia numa prática muito próxima do Direito Grego Arcaico, em que o inquérito não existia e os litígios eram resolvidos pelo jogo da prova, como uma espécie de duelo. Nas práticas germânicas, a ação penal não era pública, mas privada. Assim, não havia nenhuma autoridade pública a representar a sociedade ou o poder. As ações penais se desenvolviam como uma espécie de duelo, em que eram partes, de um lado, o autor do crime e, do outro, as vítimas ou seus sucessores. Nessa forma de "guerra particular", o Direito exercia um tímido papel de ritualização do embate entre os indivíduos, permitindo a sua solução por meio de acordos.

**d) O sistema das provas no Direito Feudal** – Com a queda do Império Romano do Ocidente, o Direito Feudal segue essa lógica germânica, afastada do procedimento de inquérito das sociedades gregas e do Império Romano. Uma grande marca desse período consistia na solução dos litígios por meio de uma série de provas que eram aceitas pelas partes e a que ambas eram submetidas. A prova da inocência estava totalmente afastada do testemunho, sendo obtida por meio de duelos e das velhas provas mágico-religiosas. Havia também as famosas **ordálias** (ou ordálios), que consistiam em provas corporais, numa espécie de jogo que envolvia o próprio corpo da parte. A título de exemplo, durante o Império Carolíngio, ao indivíduo acusado de homicídio era comumente imposta a prova

de andar sobre o ferro em brasa. Dois dias depois, se acaso ainda tivesse cicatrizes, o indivíduo perdia o processo, de forma automática. Nessa metodologia, às autoridades era apenas reservado o papel de observar a regularidade do procedimento, que, de forma automatizada, conduzia à vitória ou ao fracasso de alguém.

**e) O segundo nascimento do inquérito na Idade Média** – O sistema da prova feudal desaparecerá no final do século XII e no curso do século XIII, na segunda metade da Idade Média. Nesse momento, o inquérito ressurge, embora de forma bastante diversa daquela que existia na democracia grega. A retomada da ideia geral de que a verdade deve ser descoberta através de perguntas ocorre por meio de um procedimento administrativo que assume algumas características distintas.

A primeira delas consiste no afastamento da ideia de que o litígio penal consistiria num duelo entre as partes, passando a interessar também ao poder político, que figura como personagem essencial. Nessa nova fase, os indivíduos não terão mais a possibilidade de solucionar o conflito mediante acordos, mas sim por meio de um terceiro, uma autoridade com poder decisório.

A segunda característica consiste no aparecimento de um novo personagem: o procurador/promotor (***prosecutor*** ou "perseguidor"). Cuida-se de um agente político que figura como representante do soberano, substituindo a vítima. Essa característica decorre do fato de que, em tal momento histórico, o crime deixa de ser visto como um mero ato lesivo às partes envolvidas, passando a ser considerado como um ato de violação ao direito natural e ao Estado.

Aqui reside a terceira característica desse momento histórico: o desenvolvimento da ideia de "infração", cujo dano causado não consistiria numa mera ofensa de um indivíduo ao outro, mas também ao Estado, ao soberano.

Por fim, a quarta característica consiste no incremento da sanção de multa e de confisco, exigindo-se do culpado não apenas a reparação ao particular lesado, mas também a reparação ao Estado.

Por que razão a prática do inquérito ressurge em tal momento histórico? Eis um questionamento relevante. A resposta passa por

uma análise do momento político experimentado. O ressurgimento do inquérito, em tal período, possui fundamentalmente duas razões. De um lado, sua origem administrativa está relacionada com o surgimento do Estado na época carolíngia; de outro, uma origem religiosa, servindo à gestão dos bens da Igreja e à inquisição.

## 3. DIREITO, COMUNICAÇÃO SOCIAL E OPINIÃO PÚBLICA

### 3.1. Introdução

Existem várias formas de relacionar Direito, comunicação social e opinião pública. De fato, poderíamos gastar centenas de páginas para tratar das múltiplas e infinitas formas de abordagem. Para fins meramente didáticos, optamos por dividir o presente ponto – que, como visto, é bastante amplo – em três aspectos fundamentais. Cremos que se trata da melhor forma de abordar o tema em provas de concursos públicos.

Assim, num primeiro aspecto, trataremos do **papel da opinião pública sobre o Direito**, ou seja, da relevância que há naquilo que as pessoas pensam sobre o Direito. Num segundo aspecto, abordaremos a **relação entre o Direito (em especial o Poder Judiciário) e os meios de comunicação em massa**. Por fim, será explicada a **comunicação social do Poder Judiciário**, em seus aspectos interno e externo.

### 3.2. A opinião pública e o Direito

O conceito de opinião pública enfrenta sérias divergências na literatura. A expressão é originariamente atribuída a JEAN JACQUES ROUSSEAU, no século XVIII. De uma maneira geral, podemos inseri-lo em duas grandes correntes.

Para uma primeira corrente, a opinião pública consistiria num **fenômeno social**, inerente a um **grupo**. Cuidar-se-ia de um **juízo coletivo** exteriorizado por um **grupo social** a respeito de algo e di-

fundido pelas formas de comunicação de tal grupo (como a mídia)[31]. É a opinião de autores como Gabriel Tarde, Sérgio Cavalieri Filho e Monique Augras.

Por outro lado, para uma segunda corrente, a opinião pública consistiria no **conjunto de juízos individuais** a respeito de um determinado tema[32]. Em outras palavras, seria a soma das partes. É a opinião de autores como Allan G. Johnson.

Modernamente, seja numa concepção individualista ou coletiva, entende-se não existir uma única opinião pública, mas sim uma pluralidade de opiniões públicas, que podem ser contraditórias.

Com efeito, as interseções entre opinião pública e Direito ocorrem sobretudo em dois momentos: no processo legislativo e nas tomadas de decisão do Poder Judiciário, voltando-se "principalmente para as avaliações do que se é considerado justo"[33]. Cada vez mais, as pessoas procuram acompanhar as atividades do Poder Legislativo, assistindo até mesmo às suas sessões em canais televisivos abertos ao público em geral. Outrossim, crescem os projetos de lei de iniciativa popular, instrumento previsto no art. 61, § 2º, da Constituição da República, que dispõe:

> Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.
>
> [...]
>
> §2º A iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.

---

[31] AUGRAS, Monique. À procura do conceito de opinião pública. In: *Opinião pública*: teoria e processo. Petrópolis: Vozes, 1970. Cap. I, p. 11.

[32] DA VIÁ, Sarah Chucid. *Opinião pública*: técnica de formação e problemas de controle. São Paulo: Loyola, 1983, p. 58.

[33] Alemão, Ivan; e BARROSO, Márcia Regina. *Sociologia do Direito para Concursos da Magistratura*. Edipro: São Paulo, 2011, p. 81.

É indiscutível o papel da opinião pública sobre a atividade legislativa. A título de exemplo, é possível citar a derrota da PEC 37 – pautada no Congresso Nacional como reação ao julgamento fatídico caso "Mensalão" – que tinha por objetivo limitar o poder investigatório do Ministério Público. Tal proposta de emenda à Constituição perdeu força, em especial, após as manifestações sociais do ano de 2013.

Da mesma forma a opinião pública também interessa às tomadas de decisão do Poder Judiciário. Não por acaso, a Lei n. 9.868/1999, que dispõe sobre o processo e julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade, prevê, em seu art. 9º, § 1º, a possibilidade de realização de audiências públicas. O Código de Processo Civil de 2015 também prevê, em algumas passagens, a possibilidade de realização de audiências públicas. A título de exemplo, o art. 927, § 2º, dispõe que a alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

Verifica-se, portanto, que interessa ao Poder Judiciário conhecer a opinião pública antes de proferir determinadas decisões, em especial nos processos coletivos e estruturais. Situação mais delicada ocorre no processo penal, campo em que a utilização da opinião pública como fundamento para a condenação ou para a prisão cautelar pode assumir contornos autoritários, em violação às garantias penais. Não por acaso, a hipótese de prisão preventiva "como garantia da ordem pública", prevista no art. 312 do Código de Processo Penal, suscita incessantes debates, cabendo aqui a transcrição da ementa de importante julgado do STF:

> HABEAS CORPUS. CRIME DOLOSO CONTRA A VIDA. PRISÃO CAUTELAR. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. DELIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL DESSE FUNDAMENTO DA PRISÃO PREVENTIVA. ORDEM DENEGADA. 1. Muito já se escreveu sobre esse fundamento específico da prisão preventiva, previsto no art. 312 do CPP. Para alguns estudiosos, serviria ele de instrumento para evitar que o acusado, em liberdade, praticasse novos crimes ou colocasse em risco a vida das pessoas que desejassem colaborar com a Justiça, causando insegurança no meio social. Outros preferem associar a ordem pública à credibilidade do Poder Judiciário e das instituições

públicas. Por fim, há também aqueles que encaixam no conceito de ordem pública a gravidade do crime ou a reprovabilidade da conduta, sem falar no proverbial "clamor público", muitas vezes confundido com a repercussão, na mídia, causada pelo suposto delito. 2. No seu cotidiano exercício de interpretação constitucional do Direito Penal e Processual Penal, o Supremo Tribunal Federal já consolidou o entendimento de que o uso de expressões fortemente retóricas ou emocionais, além do apelo à credibilidade da Justiça ou ao clamor público, não se prestam para preencher o conteúdo da expressão "ordem pública". Seja porque não ultrapassam o campo da mera ornamentação linguística, seja porque desbordam da instrumentalidade inerente a toda e qualquer prisão provisória, antecipando, não raras vezes, o juízo sobre a culpa do acusado. 3. Em matéria de prisão cautelar, a expressão "ordem pública", justamente, é a que me parece de mais difícil formulação conceitual. Como a Constituição fala de "preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio", fico a pensar que ordem pública é algo diferente da incolumidade do patrimônio, como é algo diferente da incolumidade das pessoas. É um tertium genus. Um conceito negativo mesmo: ordem pública é bem jurídico distinto da incolumidade das pessoas e do patrimônio. Enquanto a incolumidade das pessoas e do patrimônio alheio vai servir como a própria razão de ser da criminalização das condutas a ela contrárias, a ordem pública é algo também socialmente valioso e por isso juridicamente protegido, mas que não se confunde mesmo com tal incolumidade. Mais que isso: cuida-se de bem jurídico a preservar por efeito, justamente, do modo personalizado ou das especialíssimas circunstâncias subjetivas em que se deu a concreta violação da integridade das pessoas e do patrimônio de outrem, como também da saúde pública. Pelo que ela, ordem pública, se revela como bem jurídico distinto daquela incolumidade em si, mas que pode resultar mais ou menos fragilizado pelo próprio modo ou em função das circunstâncias em que penalmente violada a esfera de integridade das pessoas ou do patrimônio de terceiros. Daí a sua categorização jurídico-positiva, não como descrição de delito ou cominação de pena, mas como pressuposto de prisão cautelar; ou seja, como imperiosa necessidade de acautelar o meio social contra fatores de perturbação que já se localizam na peculiar execução de certos crimes. Não da incomum gravidade desse ou daquele delito, entenda--se. Mas da incomum gravidade da protagonização em si do crime e de suas circunstâncias. 4. Não há como desenlaçar a necessidade de preservação da ordem pública e o acautelamento do meio social. No mesmo passo em que o conceito de ordem pública se desvincula do conceito de incolumidade das pessoas e do patrimônio alheio, ele se liga umbilicalmente ao conceito de acautelamento do meio social.

> Acautelamento que não se confunde com a mera satisfação de um sentimento generalizado de insegurança, senão com medidas de efetiva proteção de uma certa comunidade; ou seja, se a ambiência fática permite ao magistrado aferir que a liberdade de determinado indivíduo implicará a insegurança objetiva de outras pessoas, com sérios reflexos no seio da própria comunidade, abre-se espaço para o manejo da prisão em prol da ordem pública. Insegurança objetiva, portanto, que direciona o juízo do magistrado para a concretude da realidade que o cerca. Não para um retórico ou especulativo apelo à indeterminação semântica daquilo que tradicionalmente se entende por "paz pública". 5. No caso, a custódia preventiva do paciente não foi decretada tão-somente em meras suposições de risco à garantia da ordem pública, ou na gravidade em abstrato do crime debitado ao paciente. Trata-se de decisão que indicou objetivamente dados concretos quanto à premente necessidade de acautelamento do meio social, notadamente quanto ao modus operandi brutalmente incomum. Deveras, quando da maneira de execução do delito sobressair a extrema periculosidade do agente, o decreto de prisão ganha a possibilidade de estabelecer um vínculo funcional entre o modus operandi do suposto crime e a garantia da ordem pública. Isso na linha de que a liberdade do paciente implicará a insegurança objetiva de outras pessoas, com sérios reflexos no seio da própria comunidade. 6. Ordem denegada[34].

## 3.3. O Direito na mídia

Cada vez mais, as decisões das instituições jurídicas (em especial as ações do Ministério Público e as decisões dos Tribunais Superiores) são objeto de atenção da mídia. Nesse ponto, asseveram Ivan Alemão e Márcia Regina C. Barroso que a mídia "faz a mediação entre a informação e os que são informados, no caso entre o tribunal e a opinião pública"[35].

A "mídia", assim compreendidos os meios de comunicação em massa, exerce um papel extremamente impactante na formação da opinião pública, em especial ao selecionar as informações que julga mais convenientes de serem divulgadas, bem como a forma com

---

[34] Supremo Tribunal Federal, Segunda Turma, HC 111244/SP, Rel. Min. Ayres Britto, DJ 10/04/2012.

[35] Alemão, Ivan; e BARROSO, Márcia Regina. *Sociologia do Direito para Concursos da Magistratura.* Edipro: São Paulo, 2011, p. 84.

que tal divulgação ocorre. Não se pode negar que as instituições de comunicação em massa são, em grande maioria, sociedades empresariais com interesses próprios, dotadas de valores próprios, voltados para fins próprios. Em razão do papel que exercem na sociedade, é comum concebê-las como um "quarto poder" informal.

O Direito "aparece" na mídia em suas múltiplas formas de manifestação. A título de exemplo, é bastante comum a cobertura, pelos meios de comunicação em massa, de propostas legislativas polêmicas e impactantes, como reformas na Previdência Social, votação do orçamento, dentre outros temas. Igualmente, costuma-se dar muito destaque às ações do Ministério Público, em especial nos casos criminais envolvendo combate à corrupção. Também são foco de atenção da mídia as decisões dos tribunais, em especial do Supremo Tribunal Federal, a respeito de temas impactantes.

A respeito da disciplina normativa da liberdade de imprensa, a Constituição da República assegura, dentro do rol aberto dos direitos fundamentais, a liberdade de comunicação, prevendo, em seu art. 5º, os seguintes incisos:

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
>
> [...]
>
> IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;
>
> V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;
>
> [...]
>
> IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;
>
> X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;
>
> [...]
>
> XIII – é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;
>
> XIV – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional.

Posteriormente, a partir do seu art. 220, inaugura um capítulo específico dedicado à comunicação social, merecendo destaque os seguintes dispositivos:

> Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.
>
> § 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.
>
> § 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.
>
> § 3º Compete à lei federal:
>
> I – regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada;
>
> II – estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.
>
> § 4º A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso.
>
> § 5º Os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio.
>
> § 6º A publicação de veículo impresso de comunicação independe de licença de autoridade.

Os citados dispositivos servem de fonte normativa para a liberdade de imprensa, cabendo ressaltar que tal atividade, ao menos sob o aspecto constitucional, deve ser exercida de forma responsável, resguardando-se o direito de resposta, bem como o direito de indenização, em caso de dano material ou moral.

Nessa linha, dispõe o Enunciado n. 221 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça que "São civilmente responsáveis pelo ressarcimento

de dano, decorrente de publicação pela imprensa, tanto o autor do escrito quanto o proprietário do veículo de divulgação".

Em algumas oportunidades, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de que "no desempenho da nobre função jornalística, o veículo de comunicação não pode descuidar de seu compromisso ético com a veracidade dos fatos narrados e, menos ainda, assumir postura injuriosa ou difamatória com o simples propósito de macular a honra de terceiros"[36].

Assim sendo, o exercício da liberdade de imprensa, seja qual for o seu objeto, não possui caráter absoluto. Ele encontra limites em outros direitos e garantias constitucionais também essenciais à concretização da dignidade da pessoa humana, tais como o direito à honra, à intimidade, à privacidade e à imagem.

No julgamento da ADPF n. 130/DF, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela não-recepção da chamada Lei de Imprensa (Lei n. 5.250/1967, editada no período ditatorial), por entender imprestáveis as tentativas de conciliação hermenêutica da Lei 5.250/1967 com a Constituição. Para o Supremo, o aludido diploma não foi recepcionado em bloco, em razão das injustificáveis restrições à liberdade de imprensa. Durante o julgamento do aludido caso, foram registradas importantes passagens em sua ementa, que merecem destaque:

> A Constituição reservou à imprensa todo um bloco normativo, com o apropriado nome "Da Comunicação Social" (capítulo V do título VIII). A imprensa como plexo ou conjunto de "atividades" ganha a dimensão de instituição-ideia, de modo a poder influenciar cada pessoa de per se e até mesmo formar o que se convencionou chamar de opinião pública. Pelo que ela, Constituição, destinou à imprensa o direito de controlar e revelar as coisas respeitantes à vida do Estado e da própria sociedade. A imprensa como alternativa à explicação ou versão estatal de tudo que possa repercutir no seio da sociedade e como garantido espaço de irrupção do pensamento crítico em qualquer situação ou contingência. Entendendo-se por pensamento crítico o que, plenamente comprometido com a verdade ou essência das coisas, se dota de potencial emancipatório de mentes e espíritos.

[36] Superior Tribunal de Justiça, Terceira Turma, REsp 1159903/PE, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, DJ 01/12/2015.

O corpo normativo da Constituição brasileira sinonimiza liberdade de informação jornalística e liberdade de imprensa, **rechaçante de qualquer censura prévia a um direito que é signo e penhor da mais encarecida dignidade da pessoa humana, assim como do mais evoluído estado de civilização.**

[...]

O art. 220 da Constituição radicaliza e alarga o regime de plena liberdade de atuação da imprensa, porquanto fala: **a) que os mencionados direitos de personalidade (liberdade de pensamento, criação, expressão e informação) estão a salvo de qualquer restrição em seu exercício, seja qual for o suporte físico ou tecnológico de sua veiculação; b) que tal exercício não se sujeita a outras disposições que não sejam as figurantes dela própria, Constituição. A liberdade de informação jornalística é versada pela Constituição Federal como expressão sinônima de liberdade de imprensa. Os direitos que dão conteúdo à liberdade de imprensa são bens de personalidade que se qualificam como sobredireitos**. Daí que, no limite, as relações de imprensa e as relações de intimidade, vida privada, imagem e honra são de mútua excludência, no sentido de que as primeiras se antecipam, no tempo, às segundas; ou seja, antes de tudo prevalecem as relações de imprensa como superiores bens jurídicos e natural forma de controle social sobre o poder do Estado, sobrevindo as demais relações como eventual responsabilização ou consequência do pleno gozo das primeiras. **A expressão constitucional "observado o disposto nesta Constituição" (parte final do art. 220) traduz a incidência dos dispositivos tutelares de outros bens de personalidade, é certo, mas como consequência ou responsabilização pelo desfrute da "plena liberdade de informação jornalística" (§ 1º do mesmo art. 220 da Constituição Federal).**

[...]

O art. 220 é de instantânea observância quanto ao desfrute das liberdades de pensamento, criação, expressão e informação que, de alguma forma, se veiculem pelos órgãos de comunicação social. Isto sem prejuízo da aplicabilidade dos seguintes incisos do art. 5º da mesma Constituição Federal: vedação do anonimato (parte final do inciso IV); do direito de resposta (inciso V); direito a indenização por dano material ou moral à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas (inciso X); livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer (inciso XIII); direito ao resguardo do sigilo da fonte de informação, quando necessário ao exercício profissional (inciso XIV).

[...]

5. PROPORCIONALIDADE ENTRE LIBERDADE DE IMPRENSA E RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. **Sem embargo, a excessividade indenizatória é, em si mesma, poderoso fator de inibição da liberdade de imprensa, em violação ao princípio constitucional da proporcionalidade. A relação de proporcionalidade entre o dano moral ou material sofrido por alguém e a indenização que lhe caiba receber (quanto maior o dano maior a indenização) opera é no âmbito interno da potencialidade da ofensa e da concreta situação do ofendido.** Nada tendo a ver com essa equação a circunstância em si da veiculação do agravo por órgão de imprensa, porque, senão, a liberdade de informação jornalística deixaria de ser um elemento de expansão e de robustez da liberdade de pensamento e de expressão lato sensu para se tornar um fator de contração e de esqualidez dessa liberdade. **Em se tratando de agente público, ainda que injustamente ofendido em sua honra e imagem, subjaz à indenização uma imperiosa cláusula de modicidade. Isto porque todo agente público está sob permanente vigília da cidadania. E quando o agente estatal não prima por todas as aparências de legalidade e legitimidade no seu atuar oficial, atrai contra si mais fortes suspeitas de um comportamento antijurídico francamente sindicável pelos cidadãos.**

6. RELAÇÃO DE MÚTUA CAUSALIDADE ENTRE LIBERDADE DE IMPRENSA E DEMOCRACIA. **A plena liberdade de imprensa é um patrimônio imaterial que corresponde ao mais eloquente atestado de evolução político-cultural de todo um povo. Pelo seu reconhecido condão de vitalizar por muitos modos a Constituição, tirando-a mais vezes do papel, a Imprensa passa a manter com a democracia a mais entranhada relação de mútua dependência ou retroalimentação.** Assim visualizada como verdadeira irmã siamesa da democracia, a imprensa passa a desfrutar de uma liberdade de atuação ainda maior que a liberdade de pensamento, de informação e de expressão dos indivíduos em si mesmos considerados. **O § 5º do art. 220 apresenta-se como norma constitucional de concretização de um pluralismo finalmente compreendido como fundamento das sociedades autenticamente democráticas; isto é, o pluralismo como a virtude democrática da respeitosa convivência dos contrários. A imprensa livre é, ela mesma, plural, devido a que são constitucionalmente proibidas a oligopolização e a monopolização do setor (§ 5º do art. 220 da CF).** A proibição do monopólio e do oligopólio como novo e autônomo fator de contenção de abusos do chamado "poder social da imprensa".

7. RELAÇÃO DE INERÊNCIA ENTRE PENSAMENTO CRÍTICO E IMPRENSA LIVRE. A IMPRENSA COMO INSTÂNCIA NATURAL

DE FORMAÇÃO DA OPINIÃO PÚBLICA E COMO ALTERNATIVA À VERSÃO OFICIAL DOS FATOS. **O pensamento crítico é parte integrante da informação plena e fidedigna. O possível conteúdo socialmente útil da obra compensa eventuais excessos de estilo e da própria verve do autor. O exercício concreto da liberdade de imprensa assegura ao jornalista o direito de expender críticas a qualquer pessoa, ainda que em tom áspero ou contundente, especialmente contra as autoridades e os agentes do Estado.** A crítica jornalística, pela sua relação de inerência com o interesse público, não é aprioristicamente suscetível de censura, mesmo que legislativa ou judicialmente intentada. O próprio das atividades de imprensa é operar como formadora de opinião pública, espaço natural do pensamento crítico e "real alternativa à versão oficial dos fatos" ( Deputado Federal Miro Teixeira).

[...]

9. AUTORREGULAÇÃO E REGULAÇÃO SOCIAL DA ATIVIDADE DE IMPRENSA. **É da lógica encampada pela nossa Constituição de 1988 a autorregulação da imprensa como mecanismo de permanente ajuste de limites da sua liberdade ao sentir-pensar da sociedade civil. Os padrões de seletividade do próprio corpo social operam como antídoto que o tempo não cessa de aprimorar contra os abusos e desvios jornalísticos.** Do dever de irrestrito apego à completude e fidedignidade das informações comunicadas ao público decorre a permanente conciliação entre liberdade e responsabilidade da imprensa. Repita-se: não é jamais pelo temor do abuso que se vai proibir o uso de uma liberdade de informação a que o próprio Texto Magno do País apôs o rótulo de "plena" (§ 1 do art. 220).

10. NÃO RECEPÇÃO EM BLOCO DA LEI 5.250 PELA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL. 10.1. Óbice lógico à confecção de uma lei de imprensa que se orne de compleição estatutária ou orgânica. A própria Constituição, quando o quis, convocou o legislador de segundo escalão para o aporte regratório da parte restante de seus dispositivos (art. 29, art. 93 e § 5º do art. 128). São irregulamentáveis os bens de personalidade que se põem como o próprio conteúdo ou substrato da liberdade de informação jornalística, por se tratar de bens jurídicos que têm na própria interdição da prévia interferência do Estado o seu modo natural, cabal e ininterrupto de incidir. Vontade normativa que, em tema elementarmente de imprensa, surge e se exaure no próprio texto da Lei Suprema. 10.2. Incompatibilidade material insuperável entre a Lei nº 5.250/67 e a Constituição de 1988. Impossibilidade de conciliação que, sobre ser do tipo material ou de substância (vertical), contamina toda a Lei de Imprensa: a) quanto ao seu entrelace de comandos, a serviço da prestidigitadora lógica de que para cada

> regra geral afirmativa da liberdade é aberto um leque de exceções que praticamente tudo desfaz; b) quanto ao seu inescondível efeito prático de ir além de um simples projeto de governo para alcançar a realização de um projeto de poder, este a se eternizar no tempo e a sufocar todo pensamento crítico no País. 10.3 São de todo imprestáveis as tentativas de conciliação hermenêutica da Lei 5.250/67 com a Constituição, seja mediante expurgo puro e simples de destacados dispositivos da lei, seja mediante o emprego dessa refinada técnica de controle de constitucionalidade que atende pelo nome de "interpretação conforme a Constituição". A técnica da interpretação conforme não pode artificializar ou forçar a descontaminação da parte restante do diploma legal interpretado, pena de descabido incursionamento do intérprete em legiferação por conta própria. Inapartabilidade de conteúdo, de fins e de viés semântico (linhas e entrelinhas) do texto interpretado. Caso-limite de interpretação necessariamente conglobante ou por arrastamento teleológico, a pré-excluir do intérprete/aplicador do Direito qualquer possibilidade da declaração de inconstitucionalidade apenas de determinados dispositivos da lei sindicada, mas permanecendo incólume uma parte sobejante que já não tem significado autônomo. Não se muda, a golpes de interpretação, nem a inextrincabilidade de comandos nem as finalidades da norma interpretada. Impossibilidade de se preservar, após artificiosa hermenêutica de depuração, a coerência ou o equilíbrio interno de uma lei (a Lei federal nº 5.250/67) que foi ideologicamente concebida e normativamente apetrechada para operar em bloco ou como um todo pro indiviso.
>
> [...][37]

Por fim, tema que também merece destaque, no presente tópico, diz respeito ao chamado "direito ao esquecimento". Não são poucas as vezes em que casos jurídicos, em especial criminais, são revividos pela imprensa após um longo tempo. A título de exemplo, imagine-se a situação em que, após longos anos de cumprimento da pena privativa de liberdade, o autor de um homicídio seja liberado, ensejando a realização de um longo documentário sobre o seu julgamento. Poderia o autor do crime obstar tal atividade midiática?

Em situação parecida, decidiu o Superior Tribunal de Justiça que gera dano moral a veiculação de programa televisivo sobre fatos ocorridos há longa data, com ostensiva identificação de pessoa que

---

37 Supremo Tribunal Federal, ADPF 1n. 30/DF. Rel. Min. Carlos Britto, DJ 30.4.2009.

tenha sido investigada, denunciada e, posteriormente, inocentada em processo criminal.

Para o tribunal, o direito ao esquecimento surge na discussão acerca da possibilidade de alguém impedir a divulgação de informações que, apesar de verídicas, não sejam contemporâneas e lhe causem transtornos das mais diversas ordens. Assim, concluiu ao final que, "embora a notícia inverídica seja um obstáculo à liberdade de informação, a veracidade da notícia não confere a ela inquestionável licitude, nem transforma a liberdade de imprensa em direito absoluto e ilimitado".

Assim decidindo, restou reconhecido o direito ao esquecimento dos condenados que cumpriram integralmente a pena, como uma espécie de evolução humanitária e cultural da sociedade[38].

## 3.4. Comunicação social do Poder Judiciário

Externa e internamente, os tribunais também lidam com mecanismos de comunicação social.

Sob o aspecto externo, tradicionalmente, a ideia da inércia da jurisdição levou o Poder Judiciário a um certo isolamento, sem maiores preocupações em fazer uma aproximação com a sociedade. Nos dias atuais, contudo, as reformas passadas pelo Judiciário elevaram as tentativas de criação de novas formas de comunicação com a sociedade.

Não por acaso, um dos considerandos da **Resolução n. 85/2009 do CNJ**, que dispõe sobre a Comunicação Social no âmbito do Poder Judiciário, assevera expressamente que "aprimorar a comunicação com o público externo é um dos Objetivos Estratégicos do Judiciário, 'com linguagem clara e acessível, disponibilizando, com transparência, informações sobre o papel, as ações e as iniciativas do Poder Judiciário, o andamento processual, os atos judiciais e administrativos, os dados orçamentários e de desempenho operacional'".

---

38 Superior Tribunal de Justiça, Quarta Turma, REsp n. 1.334.097-RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJ 28.5.2013.

A citada Resolução ressalta a necessidade de estabelecimento de uma política nacional de comunicação social integrada para o Poder Judiciário que defina estratégias de procedimentos e estabeleça os investimentos necessários, de modo a cobrir os dois grandes vetores de sua atuação: a comunicação **interna** e a **divulgação externa.**

A **comunicação interna** centra suas atenções na relação entre os agentes públicos que integram o órgão, sejam eles membros ou servidores. Cuida-se de importante ferramenta de **gestão administrativa,** voltada a questões de tal natureza.

Por sua vez, a **comunicação (ou divulgação) externa** decorre da crescente exigência da sociedade por uma comunicação de maior qualidade, eficiência e transparência, capaz de facilitar o conhecimento e acesso dos cidadãos aos serviços do Poder Judiciário.

Para fins didáticos, é importante o conhecimento do conteúdo da Resolução n. 85 do CNJ, que se apresenta de fácil leitura. Os dispositivos grifados apresentam maior relevância para fins de concursos públicos:

Resolução Nº 85 de 08/09/2009

Ementa: Dispõe sobre a Comunicação Social no âmbito do Poder Judiciário.

**Art. 1º – As ações de Comunicação Social do Poder Judiciário passarão a ser desenvolvidas e executadas de acordo com o disposto nesta Resolução, tendo como objetivos principais:**

**I – dar amplo conhecimento à sociedade das políticas públicas e programas do Poder Judiciário;**

**II – divulgar, de forma sistemática, em linguagem acessível e didática, os direitos do cidadão e os serviços colocados à sua disposição pelo Poder Judiciário, em todas as suas instâncias;**

**III – estimular a participação da sociedade no debate e na formulação de políticas públicas que envolvam os seus direitos;**

**IV – disseminar informações corretas sobre assuntos que sejam de interesse público para os diferentes segmentos sociais e que envolvam as ações do Poder Judiciário;**

**V – incentivar, no âmbito dos magistrados e servidores, através da comunicação, a integração com as ações previstas nesta Resolução, de modo a garantir a eficácia dos objetivos nela colimados;**

**VI – promover o Poder Judiciário junto à sociedade de modo a conscientizá-la sobre a missão exercida pela Magistratura, em todos os seus níveis, otimizando a visão crítica dos cidadãos a respeito da importância da Justiça como instrumento da garantia dos seus direitos e da paz social.**

Art. 2º – No desenvolvimento e na execução das ações de Comunicação Social previstas nesta Resolução deverão ser observadas as seguintes diretrizes, de acordo com as características de cada ação:

**I – afirmação dos valores e princípios da Constituição Federal;**

**II – atenção ao caráter educativo, informativo e de orientação social;**

**III – preservação da identidade nacional;**

**IV – valorização da diversidade étnica e cultural e respeito à igualdade e às questões raciais, etárias, de gênero e de orientação sexual;**

**V – reforço das atitudes comportamentais que promovam o desenvolvimento humano e o respeito ao meio ambiente;**

**VI – valorização dos elementos simbólicos das culturas nacional e regional;**

**VII – vedação do uso dos meios de comunicação social para a promoção pessoal de magistrados ou servidores, em ações desvinculadas das atividades inerentes ao exercício das funções do Poder Judiciário;**

**VIII – adequação das mensagens, linguagens e canais aos diferentes segmentos de público, utilizando sempre uma forma simplificada acessível àqueles que desconhecem as expressões típicas do universo jurídico;**

**IX – Valorização das estratégias de comunicação regionalizadas;**

**X – uniformização do uso de marcas, conceitos e identidade visual utilizados na comunicação judiciária, respeitadas aquelas inerentes aos Poderes Judiciários estaduais como os seus respectivos brasões;**

**XI – observância da eficiência e racionalidade na aplicação dos recursos públicos.**

**XII – difusão de boas práticas na área de Comunicação.**

Art. 3º – As ações de Comunicação Social do Poder Judiciário compreendem as áreas de:

I – Imprensa

II – Relações Públicas

III – Comunicação Digital

IV – Promoção

V – Patrocínio e

VI – Publicidade, que se classifica em:

a) Publicidade de utilidade pública;

b) Publicidade institucional;

c) Publicidade mercadológica;

d) Publicidade legal.

Parágrafo único – As áreas constantes dos incisos deste artigo serão definidas em ato do Presidente do Conselho Nacional de Justiça.

Art. 4º – O Sistema de Comunicação do Poder Judiciário (SICJUS) é integrado pelas: Assessoria de Comunicação Social do Conselho Nacional de Justiça, como órgão central, Secretarias de Comunicação dos Tribunais Superiores, como órgãos de subsistema, e pelas coordenadorias ou unidades administrativas de Comunicação Social dos Tribunais de Justiça dos Estados e dos Tribunais Federais como órgãos operacionais.

Parágrafo único – O SICJUS, mediante convênio ou autorização do Presidente do CNJ, poderá atuar em parceria com a Secretaria de Comunicação do Supremo Tribunal Federal.

Art. 5º – As ações de Comunicação Social do Poder Judiciário serão orientadas pelos objetivos e diretrizes previstos nos artigos 1º e 2º desta Resolução e deverão ser objeto de planos plurianuais elaborados pelo SICJUS, por meio do Comitê de Comunicação Social do Judiciário, previsto no art. 8º desta Resolução.

Parágrafo único – Na definição de suas dotações orçamentárias, os órgãos do Judiciário deverão contemplar as ações de Comunicação Social, reservando recursos regulares compatíveis com as metas a serem alcançadas.

Art. 6º – Cabe ao órgão central do SICJUS, em conjunto com os órgãos de subsistema, em suas áreas de jurisdição:

I – coordenar o desenvolvimento e a execução das ações de publicidade, classificadas como institucional ou de utilidade pública, de responsabilidade do Conselho Nacional de Justiça e dos Tribunais Superiores, quando exijam esforço integrado de comunicação e, quando for o caso, do Supremo Tribunal Federal, nos termos do parágrafo único do art. 4º;

II – supervisionar o conteúdo de comunicação das ações de publicidade, classificadas como institucional ou de utilidade pública do Conselho Nacional de Justiça e dos Tribunais Superiores, desenvolvidas em consonância com suas políticas, diretrizes e orientações específicas e quando for o caso, do Supremo Tribunal Federal, nos termos do parágrafo único do art. 4º;

III – zelar, nas ações de publicidade do Poder Judiciário, pela observância dos objetivos e diretrizes previstos nos artigos 1º e 2º, no tocante ao conteúdo da comunicação e aos aspectos técnicos de mídia;

IV – elaborar sugestões de políticas, diretrizes, orientações e normas complementares desta Resolução para, ouvida a Comissão de Assuntos Interinstitucionais e de Comunicação, serem submetidas à aprovação do Conselho Nacional de Justiça;

V – Orientar as ações de Comunicação Social das áreas relacionadas no art. 3º e outras subsidiárias ou complementares a elas, realizadas com recursos orçamentários de cada segmento do Poder Judiciário, com observância da eficiência e racionalidade na sua aplicação;

VI – orientar a adoção de critérios de utilização de marcas para ações de publicidade e a identidade visual do Judiciário, nos sítios e portais dos órgãos do Poder Judiciário na INTERNET;

VII – orientar sobre as diretrizes básicas para a comunicação digital nos sítios e portais dos órgãos do Poder Judiciário;

VIII – apoiar os integrantes do SICJUS nas ações de imprensa que exijam, pela natureza da pauta, articulação interna e participação coordenada no âmbito do Poder Judiciário;

IX – coordenar as ações de Assessoria de Imprensa dos integrantes do SICJUS que exijam esforço integrado de comunicação;

X – subsidiar na elaboração de minutas de editais e de projetos básicos para a contratação de prestadores de serviços de assessoria de relações públicas, de assessoria de imprensa, de comunicação digital, de promoção e de pesquisa de opinião encaminhados pelos integrantes do SICJUS;

XI – realizar ações de aperfeiçoamento em comunicação para servidores dos órgãos que integram o SICJUS.

Art. 7º – Cabe às demais unidades administrativas de que trata o art. 4º, sem prejuízo da subordinação administrativa aos órgãos de que fazem parte:

I – atender às normas pertinentes às ações, atos e processos de que trata esta Resolução ou dela decorrentes;

II – submeter ao Conselho Nacional de Justiça as ações de publicidade, conforme venha a ser disciplinado em ato do Presidente do Conselho;

III – elaborar planos anuais de comunicação, em consonância com as diretrizes gerais aprovadas pelo SICJUS e respeitadas as peculiaridades regionais;

IV – submeter previamente à aprovação do Comitê de Comunicação Social do Judiciário os editais para a contratação de agências para a contratação de serviços de publicidade e propaganda;

V – observar a eficiência e racionalidade na aplicação dos recursos públicos destinados às ações de Comunicação Social;

VI – Zelar pelo relacionamento profissional com a imprensa e viabilizar os meios necessários ao atendimento da demanda de informações jornalísticas dos veículos de comunicação.

**Art. 8º – Fica instituído o Comitê de Comunicação Social do Judiciário, de caráter consultivo, com o objetivo de assessorar a Comissão de Assuntos Interinstitucionais e de Comunicação e o Plenário do Conselho Nacional de Justiça, na definição de parâmetros e procedimentos relacionados com ações de Comunicação Social, cabendo-lhe:**

**I – manifestar-se sobre as ações de propaganda, observados os parâmetros e procedimentos definidos pela Assessoria de Comunicação Social do CNJ;**

**II – identificar e difundir as boas práticas para o aprimoramento de processos e mecanismos a serem adotados no exame, seleção e avaliação de campanhas institucionais.**

§ 1º – O Comitê de Comunicação Social do Judiciário será composto por representantes dos órgãos centrais e demais unidades integrantes do SICJUS, de acordo com a regulamentação a ser fixada pelo Conselho Nacional de Justiça quanto ao número de seus membros e critérios de representação.

§ 2º – O Conselho Nacional de Justiça prestará o apoio necessário aos trabalhos do Comitê de Comunicação Social do Judiciário.

§ 3º – A participação no Comitê de Comunicação Social do Judiciário não ensejará remuneração e será considerada serviço público relevante.

Art. 9º – O Conselho Nacional de Justiça estabelecerá a forma de funcionamento do Comitê de Comunicação Social do Judiciário e especificará suas demais atribuições.

Art. 10º – Esta Resolução entrará em vigor na data de sua publicação.

*Ministro GILMAR MENDES*

# 4. CONFLITOS SOCIAIS E MECANISMOS DE RESOLUÇÃO

## 4.1. Aspectos gerais

É possível dividir as formas de resolução de conflitos sociais sob diversos critérios. De uma forma geral, costuma-se dividir os mecanismos em dois grandes grupos: **a)** a **jurisdição**; **b)** os **equivalentes jurisdicionais** (sistemas não-jurisdicionais de composição de litígios).

A jurisdição é marcada por sete características, como pontua Fredie Didier Jr.:

> A jurisdição é a função atribuída a terceiro imparcial (a) de realizar o Direito de modo imperativo (b) e criativo (reconstrutivo) (c), reconhecendo/efetivando/protegendo situações jurídicas (d) concretamente deduzidas (e), em decisão insuscetível de controle externo (f) e com aptidão para tornar-se indiscutível (g)[39].

De forma mais simples, é possível conceituá-la como a função voltada à aplicação do direito objetivo a um caso concreto, resolvendo-o de forma definitiva.

Uma grande divergência reside em saber se a **arbitragem** consiste em uma forma de jurisdição ou se seria mais uma espécie de equivalente jurisdicional. Por um lado, parte da doutrina, representada por Luiz Guilherme Marinoni, entende que a arbitragem não se confunde com jurisdição, por ser esta uma forma de "manifestação do poder do Estado"[40]. Por outro, autores como **Fredie Didier Jr.** entendem que a arbitragem "é propriamente jurisdição, exercida por particulares, com autorização do Estado e como consequência do exercício do direito fundamental de autorregramento (autonomia privada)"[41].

Por ocasião do julgamento do Conflito de Competência (CC) n. 111230/DF, entendeu o Superior Tribunal de Justiça que "a atividade desenvolvida no âmbito da arbitragem tem natureza jurisdicional, sendo possível a existência de conflito de competência entre juízo estatal e câmara arbitral"[42].

A Resolução n. 75/2009 do CNJ, contudo, ao tratar do tema (em seu Anexo VI), preferiu utilizar uma classificação diversa. Optou-se pela expressão (sistema) "não-judicial" em lugar de "não-jurisdicional", que com aquela não se confunde. Na linha do citado precedente STJ, por exemplo, a arbitragem consiste em um meio jurisdicional, mas não judicial,

---

39 DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil*. Vol. 1. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 153.

40 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*. Vol. II. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2015, p. 51.

41 DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil*. Vol. 1. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 172.

42 Superior Tribunal de Justiça, 2ª S, CC n. 111.230/DF, rel. Min Nancy Andrighi, DJ 8.5.2015.

de resolução de conflitos. Isso porque "jurisdicional" é adjetivo relativo a jurisdição, enquanto "judicial" é adjetivo relativo a Poder Judiciário.

## 4.2. Sistemas não-judiciais de composição de litígios

O meio judicial, por excelência, de resolução de conflitos é a jurisdição estatal. Por sua vez, os sistemas não-judiciais podem ser classificados em três grupos: **a) autotutela; b) autocomposição; e c) heterocomposição.**

A **autotutela** consiste na forma de solução de conflitos sociais mediante imposição da vontade de um dos litigantes sobre o outro. É, portanto, uma forma violenta composição de litígios, mediante sacrifício do interesse do outro ("justiça privada", no linguajar popular). Via de regra, a autotutela é vedada pelo ordenamento jurídico, sendo tipificada pelo art. 345 do Código Penal, que prevê o crime de exercício arbitrário das próprias razões: "Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite". Excepcionalmente, contudo, é admitida, a exemplo do que ocorre na legítima defesa, estado de necessidade, direito de retenção e no clássico exemplo do desforço incontinente do possuidor, ao repelir a violência à sua posse (art. 1.210, § 1º, do Código Civil).

A **autocomposição,** por sua vez, consiste numa forma não violenta de solução de conflitos sociais, mediante o consentimento espontâneo dos litigantes, podendo ocorrer dentro ou fora do processo judicial. Costuma-se dividir a autocomposição em duas espécies, quais sejam, a **transação** e a **submissão.** Pela transação, os litigantes solucionam o conflito mediante concessões mútuas. Pela **submissão,** por outro lado, um dos litigantes abdica total ou parcialmente de seus interesses, submetendo-se à pretensão do outro. Parte da doutrina acrescenta ainda a **renúncia,** diferenciando-a da submissão. Para Daniel Amorim Assumpção Neves:

> Na renúncia o titular do pretenso direito simplesmente abdica de tal direito, fazendo-o desaparecer juntamente com o conflito gerado por sua ofensa, enquanto na submissão o sujeito se submete à pretensão contrária, ainda que fosse legítima a sua resistência[43].

[43] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Curso de direito processual civil.* 7. ed. São Paulo: Método, 2015, p. 6.

É possível que a autocomposição seja alcançada com a participação de terceiros, a exemplo do mediador e do conciliador. A **mediação** e a **conciliação** consistem em mecanismos de autocomposição estimulados pelo ordenamento jurídico, em especial após o Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015), que dedica um capítulo inteiro para tanto, além de estruturar o procedimento, inserindo a tentativa de autocomposição como uma fase inicial (como já ocorria no Processo do Trabalho). Há, todavia, quem defenda que a mediação seria algo distinto da autocomposição, a exemplo de Daniel Amorim Assumpção Neves, entendimento que parece ser minoritário e com o qual não concordamos. Para o citado autor, a mediação "não se confunde com a autocomposição, porque, enquanto nesta haverá necessariamente um sacrífico total ou parcial dos interesses da parte, naquela, a solução não traz qualquer sacrifício"[44].

Também a **Resolução n. 125/2010, do CNJ**, estimula a solução de conflitos por meio da autocomposição, dispondo sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário.

A citada Resolução diferencia mediação, conciliação e negociação. A **mediação** caracteriza-se pela participação de um terceiro (o mediador), que tem por objetivo conduzir às partes à solução do conflito mediante a descoberta de suas causas. O mediador não propõe soluções do conflito às partes, apenas aproximando-as. Cuida-se de uma espécie de facilitador. De forma diversa, na **conciliação**, o conciliador propõe soluções às partes, figurando como um facilitador com esse acréscimo. Por fim, na **negociação**, não há participação de terceiro. É dizer, as próprias pessoas em conflito buscam solucionar o conflito por elas mesmas, podendo se valer de representantes.

| Mediação | Conciliação | Negociação |
|---|---|---|
| É mecanismo/técnica de autocomposição. | É mecanismo/técnica de autocomposição. | É mecanismo/técnica de autocomposição. |

[44] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Curso de direito processual civil.* 7. ed. São Paulo: Método, 2015, p. 7.

| Mediação | Conciliação | Negociação |
|---|---|---|
| **Participação de terceiro** (mediador neutro e imparcial, que estimula e facilita o diálogo entre as partes, fazendo com que os próprios interessados solucionem o conflito). | **Participação de terceiro** (conciliador), que procura obter um consenso das partes em conflito e, com base nele, propõe um acordo que ponha fim ao embate. | Não há terceiro (as partes podem apenas se fazer representadas) |
| **Mediação** | **Conciliação** | **Negociação** |
| O mediador **não sugere** soluções. | O conciliador **sugere** soluções. | – |

Em relação a todas formas de autocomposição, é importante conhecer os seus **princípios regentes**. Tais princípios se desdobram em dois grupos, sendo o primeiro deles voltado para as partes:

a) **Voluntariedade** – As formas de autocomposição pressupõem a liberdade das partes envolvidas, que exercem o seu direito de escolha. Justamente por isso, a qualquer momento, qualquer das partes tem o direito de retirar-se da autocomposição;

b) **Livre decisão ou autodeterminação** – Como consequência do princípio anterior, as partes envolvidas em um mecanismo autocompositivo resguardam o direito de definir suas questões, necessidades e soluções e de determinar o resultado das tratativas. Consequentemente, sobre elas recai responsabilidade para as decisões que vierem a ser acordadas.

O segundo grupo de princípios é voltado para o terceiro envolvido no mecanismo autocompositivo, alguns deles aplicáveis também à arbitragem (que, como veremos, é técnica de heterocomposição). Assim, para o **mediador** e o **conciliador**, aplicam-se os seguintes princípios:

a) **Imparcialidade** – Tais pessoas não podem patrocinar o interesse de qualquer das partes, o que não as impede de atuar para corrigir eventuais desequilíbrios existentes (a título de exemplo, prevenir preconceitos, percepções tendenciosas etc.). O mesmo vale para a arbitragem;

b) **Neutralidade** – Cuida de princípio especialmente aplicável à mediação, na medida em que se exige do mediador a capacidade de respeitar as diferenças das pessoas, deixando de intervir nos conteúdos acordados, concentrando-se na sua adequação ao contexto legal;

c) **Confidencialidade** – Tanto o mediador quanto o conciliador devem guardar sigilo sobre as informações que obtenha no curso do processo de autocomposição, excepcionando-se a hipótese de o próprio direito ou as partes autorizarem a publicidade das informações. O mesmo vale para a arbitragem;

d) **Profissionalização** – Tanto o mediador quanto o conciliador (e também o árbitro, na heterocomposição) devem ter formação profissional adequada para atuar diante dos conflitos apresentados. Afinal, a administração de disputas e, dependendo do caso, a busca de soluções adequadas exige o conhecimento sobre os direitos e responsabilidades das partes.

Questão já cobrada em provas de concursos reside em saber quais seriam os **fundamentos jurídicos da conciliação**, algo tão presente na prática forense. Com efeito, a conciliação é hoje considerada um "princípio informativo do sistema processual brasileiro", compreendida como valor prevalente na resolução de controvérsias. Não se trata verdadeiramente de algo novo. Ao revés, ela existe ao menos desde as Ordenações Filipinas e é atualmente prevista em diversos atos normativos: Código de Processo Civil (arts. 125, IV, 269, III, 277, 331, 448, 449 e 475-N, III e V), Código Civil (art. 840), Lei de arbitragem – 9.307/1995 (arts. 21, § 4º e 28), Código de defesa do Consumidor (arts. 5º, IV, 6º, VII e 107), Lei n. 9.099/1995 – dos Juizados Especiais, em que foi consagrada como princípio –, Resolução n. 125/2010 do CNJ etc.

É possível encontrar até mesmo na Constituição da República um fundamento para a conciliação, ao prever a pacificação social como um dos objetivos fundamentais da República (art. 3º, I).

A última das formas não judiciais de resolução de conflitos é a **heterocomposição**, marcada pela presença de uma autoridade que decide o caso fora das partes. Não se confunde, portanto, com as

formas de autocomposição, em que as partes solucionam o conflito por elas mesmas. As duas formas mais comuns de heterocomposição são a jurisdição estatal e a **arbitragem.**

A arbitragem é regulada pela Lei n. 9.307/1996. Através dela os litigantes confiam a um terceiro, o árbitro escolhido por eles, a solução do conflito de forma definitiva. Ela é acordada por um contrato (negócio jurídico), no qual se renuncia à atividade jurisdicional estatal em prol da jurisdição privada. Podemos resumir as características da arbitragem da seguinte forma:

a) **Somente pessoas capazes podem ser árbitros**, que atuarão como juízes de fato e de direito (art. 13);

b) **A arbitragem só pode ser constituída por pessoas capazes** (art, 1º);

c) **A arbitragem só pode recair sobre direitos que admitem autocomposição**. Isso não significa a impossibilidade de ser utilizada em questões que envolvam pessoas jurídicas de direito público. Ao revés, "a administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis" (art. 1º, § 1º);

d) **A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes**, podendo as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública (art. 2º);

e) **A arbitragem é, necessariamente, voluntária**, consistindo em exercício de autonomia privada;

f) **A decisão arbitral é um título executivo judicial**. Além disso, a sentença arbitral não precisa ser homologada pelo juiz estatal para ser executada (art. 31);

g) **O árbitro não pode executar sua decisão**, pois não tem poderes executivos, mesmo sendo sua decisão um título executivo judicial, a ser efetivado por um juiz estatal;

**h) O mérito da decisão arbitral é insuscetível de controle pelo Poder Judiciário.** É possível, todavia, anular a decisão arbitral, em caso de *error in procedendo*, remetendo-a para novo julgamento pelo árbitro (art. 32).

Cabe ressaltar que o negócio jurídico instituidor da arbitragem, denominado **convenção de arbitragem**, pode assumir duas formas: **a) cláusula compromissória** e **b) compromisso arbitral.** A cláusula compromissória consiste em um pacto celebrado pelas partes, pelo qual decidem que um conflito futuro (ou seja, ainda não existente) a respeito de determinado negócio deverá ser resolvido por meio de arbitragem. É, portanto, prévia ao conflito. Já o compromisso arbitral é negócio jurídico pelo qual as partes submetem um conflito já existente ao árbitro.

Em regra, o Poder Judiciário não pode decretar a nulidade de cláusula arbitral (compromissória) sem que essa questão tenha sido apreciada anteriormente pelo árbitro (art. 8º, parágrafo único, da Lei de Arbitragem.) Assim, a parte não pode judicializar de imediato de para sustentar a nulidade da cláusula arbitral (STJ, REsp 1.302.900-MG). Excepcionalmente, porém, o Poder Judiciário pode, nos casos de flagrante compromisso arbitral "patológico" (manifestamente ilegal) declarar a nulidade da cláusula de forma direta[45].

Por fim, costuma-se afirmar que a arbitragem é baseada nos seguintes princípios norteadores: **a) conciliação** (decorrência direta do seu caráter voluntário, cabendo às partes optarem pela arbitragem, o que significa implicitamente o desejo de encontrar uma solução ao conflito); **b) informalidade** (ausência das formalidades exigidas em lei para o processo judicial); **c) confidencialidade** (diferentemente do processo judicial, o processo arbitral é marcado pela confidencialidade na proteção dos interesses das partes, mantendo-se o sigilo) **e; d) celeridade** (conforme disposto na Lei de Arbitragem, seu procedimento deve ser célere e concluído em até seis meses).

45 STJ, 3ª Turma. REsp 1.602.076-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 15.9.2016 – Info 591.

### 4.3. O uso de ferramentas de inteligência artificial pelo sistema de justiça

O presente ponto apresenta especial relevância na atualidade, marcada pelo crescente desenvolvimento de ferramentas de inteligência artificial no campo jurídico, não apenas no âmbito privado[46], mas também no processo de tomada de decisões pelo Poder Público.

É o que ocorre com o projeto VICTOR, apresentado pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro aos jurisdicionados em 26 de setembro de 2018, por ocasião do II Congresso Internacional de Direito, Governo e Tecnologia. Cuida-se de ferramenta de inteligência artificial, fruto de parceria do tribunal com a Universidade de Brasília (UnB), que, no momento, está sendo utilizada na Corte para separação e classificação das peças do processo judicial e identificação dos principais temas de repercussão geral[47].

Em alguns casos, o uso da inteligência artificial não se resume à classificação processual, auxiliando diretamente o processo decisório. A título de exemplo, o *Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions* (COMPAS) consiste em um mecanismo utilizado nos Estados Unidos para avaliar o risco de reincidência dos acusados no país, auxiliando os juízes a decidirem a respeito das prisões cautelares[48].

O uso de ferramentas dessa natureza, embora traga inúmeros benefícios, também tem suscitado muitos dilemas no campo da ética.

O COMPAS já foi apontado como um sistema que produz resultados discriminatórios. Segundo artigo publicado por autores vinculados à ProPublica – instituição sem fins lucrativos sediada em Nova York que tem por missão a realização de jornalismo investiga-

---

[46] Segundo dados do "radar dinâmico" do Associação Brasileira de Lawtechs e Legaltechs (AB2L), atualmente há mais de 111 (cento e onze) empresas dessa natureza operando no Brasil. Cf. https://www.ab2l.org.br/ecossistema/. Acesso em 10 ago. 2019.

[47] Cf. http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=390818. Acesso em: 10 ago. 2019.

[48] NUNES, Dierle; MARQUES, Ana Luiza Pinto Coelho. Inteligência artificial e direito processual: vieses algorítmicos e os riscos de atribuição de função decisória às máquinas. *Revista de Processo*, v. 285, p. 421-447, nov./2018.

tivo de interesse público –, o algoritmo utilizado tende a classificar erroneamente acusados negros como prováveis reincidentes, além de enquadrar, também de forma equivocada, acusados brancos como indivíduos com baixo risco de reincidência.

Demais disso, a empresa desenvolvedora do *software* – Northpointe – não disponibiliza ao público o algoritmo no qual se baseia o índice de reincidência do acusado, limitando-se a divulgar as perguntas feitas aos acusados, cujas respostas são utilizadas no cálculo. Consequentemente, o acusado não é capaz de conhecer as razões pelas quais possui um alto ou baixo indicador, tampouco a forma com que suas respostas afetam o resultado final[49].

Em 2017, ao julgar o caso *State v. Loomis*, a Suprema Corte de Wisconsin decidiu que a utilização do sistema COMPAS, a despeito da ausência de compreensão a respeito de seu funcionamento pelo acusado, não viola o devido processo legal, nem compromete o direito de acesso à informação[50].

Precedentes como esse revelam a necessidade de, diante da virada tecnológica no Direito, serem desenvolvidos estudos voltados ao reconhecimento de meios diferenciados de controle do poder decisório estatal, reduzindo-se a sua opacidade, de modo a promover uma maior transparência (*accountability*) no uso das ferramentas

[49] Nessa linha: "[...] the algorithm is more likely to misclassify a black defendant as higher risk than a white defendant. Black defendants who do not recidivate were nearly twice as likely to be classified by COMPAS as higher risk compared to their white counterparts (45 percent vs. 23 percent). However, black defendants who scored higher did recidivate slightly more often than white defendants (63 percent vs. 59 percent). The test tended to make the opposite mistake with whites, meaning that it was more likely to wrongly predict that white people would not commit additional crimes if released compared to black defendants. COMPAS under-classified white reoffenders as low risk 70.5 percent more often than black reoffenders (48 percent vs. 28 percent). The likelihood ratio for white defendants was slightly higher 2.23 than for black defendants 1.61" (LARSON, Jeff; MATTU, Surya; LAUREN, Kirchner; ANGWINHOW, Julia. *We Analyzed the COMPAS Recidivism Algorithm*. Disponível em: https://www.propublica.org/article/how-we-analyzed-the-compas-recidivism-algorithm. Acesso em: 10 ago. 2019).

[50] Loomis v. Wisconsin, 881 N.W.2d 749 (Wis. 2016), cert. denied, 137 S.Ct. 2290 (2017). Cf. ISRANI, Ellora. Algorithmic Due Process: Mistaken Accountability and Attribution in State v. Loomis. Disponível em: https://jolt.law.harvard.edu/digest/algorithmic-due-process--mistaken-accountability-and-attribution-in-state-v-loomis-1. Acesso em: 10 ago. 2019.

de inteligência artificial no âmbito do Poder Público, em especial o Poder Judiciário.

Cada vez mais, decisões humanas são delegadas a ferramentas de inteligência artificial desenvolvida a partir do uso de algoritmos. Apesar disso, ainda são relativamente escassos os trabalhos voltados à análise de três grandes problemas que podem decorrer do seu uso, como revelam Isabela Ferrari, Daniel Becker e Erik Navarro Wolkart: a) o emprego de ***data sets*** viciados; b) a opacidade dos algoritmos não programados; c) a discriminação que pode ser gerada por algoritmos de ***machine learning***[51].

Também nesse sentido, Dierle Nunes e Ana Luiza Pinto Coelho Marques exemplificam diversos casos de modelos enviesados, identificados em ferramentas de uso comum:

> Também é possível verificar vieses algorítmicos no sistema de concessão de crédito europeu e norte-americano, na medida em que diversas companhias utilizam modelos de IA para análise do risco do empréstimo. Muitos desses modelos utilizam até mesmo dados das redes sociais do solicitante para o cálculo do ***credit score***, baseando-se, assim, nas conexões sociais do indivíduo. Dessa forma, o resultado vincula-se diretamente ao grupo social no qual o solicitante está inserido. Corroborando tal fato, um relatório de 2007, apresentado pela ***Federal Reserve*** ao Congresso dos Estados Unidos, apontou que negros e hispânicos têm um ***credit score*** significativamente inferior ao de brancos e asiáticos.
>
> Outros exemplos de modelos enviesados podem ser citados: um sistema de reconhecimento facial criado pela Google identificou pessoas negras como gorilas; o sistema de busca de contatos do aplicativo Linkedin demonstrou uma preferência por nomes de pessoas do sexo masculino; Tay, mecanismo de IA lançado pela Microsoft para interagir com usuários do Twitter, passou a reproduzir mensagens xenofóbicas, racistas e antissemitas; o aplicativo de ***chat*** SimSimi, que utiliza inteligência artificial para conversar com os usuários, foi suspenso no Brasil por reproduzir ameaças, palavrões e conversas de teor sexual.[52]

---

[51] FERRARI, Isabela; BECKER, Daniel; WOLKART, Erik Navarro. Arbitrium ex machina: panorama, riscos e a necessidade de regulação das decisões informadas por algoritmos. *Revista dos Tribunais*, v. 995, p. 635-655, set./2018.

[52] NUNES, Dierle; MARQUES, Ana Luiza Pinto Coelho. Inteligência artificial e direito processual: vieses algorítmicos e os riscos de atribuição de função decisória às máquinas. *Revista de Processo*, v. 285, p. 421-447, nov./2018.

Muito embora os exemplos citados tenham ocorrido no campo das instituições privadas, é sabido que as ferramentas de inteligência artificial também têm sido utilizadas no âmbito do Poder Público, auxiliando o processo de tomadas de decisões.

No Brasil, além do projeto VICTOR – do Supremo Tribunal Federal –, podem ser citados os robôs Alice, Sofia e Monica, que têm sido empregados pelo Tribunal de Contas da União para, respectivamente: a) examinar milhares de editais de licitação e atas de preços em busca de fraudes e irregularidades; b) analisar e sugerir aprimoramentos em relatórios internos; e c) acompanhar todas as compras públicas, inclusive as decorrentes de contratação direta. Em razão do sucesso de tais instrumentos, seu uso foi transportado para outros órgãos de controle, a exemplo dos Tribunais de Contas estaduais, Ministério Público, Polícia Federal e Controladoria Geral da União[53].

Daí decorrem duas preocupações fundamentais, de ordem democrática: a) a necessidade de se assegurar o direito fundamental de acesso à informação a todos os cidadãos sujeitos a tais mecanismos; e b) o dever do Estado de prevenir e corrigir as distorções decorrentes do desenvolvimento, alimentação ou uso inadequado das ferramentas, evitando que as decisões produzidas sejam enviesadas e discriminatórias. Tais necessidades já haviam sido percebidas pela matemática Cathy O'Neil, em trabalho denominado "Weapons of math destruction"[54].

A essencialidade da promoção de um elevado grau de transparência algorítmica, de modo a possibilitar o conhecimento daquilo que determina o resultado pela ferramenta, foi objeto de recente reflexão pelo Parlamento Europeu, que, em resolução de 16 de fevereiro de 2017, tratou do seguinte princípio ético para orientar a regulação da robótica:

> 12. Realça o princípio da transparência, nomeadamente o facto de que deve ser sempre possível fundamentar qualquer decisão tomada com recurso a inteligência artificial que possa ter um impacto substancial

---

[53] FERRARI, Isabela; BECKER, Daniel; WOLKART, Erik Navarro. Op. cit., p. 635-655.

[54] O'NEIL, Cathy. *Weapons of math destruction: how big data increases inequality and threatens democracy*. Nova York: Crown, 2016.

> sobre a vida de uma ou mais pessoas; considera que deve ser sempre possível reduzir a computação realizada por sistemas de IA a uma forma compreensível para os seres humanos; considera que os robôs avançados deveriam ser dotados de uma "caixa preta" com dados sobre todas as operações realizadas pela máquina, incluindo os passos da lógica que conduziu à formulação das suas decisões.[55]

De fato, não se pode correr o risco de que as constituições e declarações de direitos humanos fiquem reféns das inovações tecnológicas, cujo funcionamento, não raramente, não é transparente – ou, ao menos, não é facilmente apreendido pelos cidadãos em geral.

Conforme assevera J. J. Gomes Canotilho, "uma constituição [...] se não pode ser hoje um documento sagrado ou um condensado de políticas, tem de continuar a fornecer as exigências constitucionais mínimas (*constitucional essential*, nas palavras de Rawls)", integradas por um "complexo de direitos e liberdades definidoras das cidadanias pessoal, política e econômica intocáveis pelas maiorias parlamentares"[56].

Disso decorre que, conquanto tenham o seu uso previsto em lei, as ferramentas de inteligência artificial que auxiliam – ou, eventualmente, substituam – os processos decisórios devem, além de respeitar o princípio da isonomia, permitir um controle social, direito fundamental cuja concretização impõe que seja previamente assegurado o dever de transparência.

## 5. TÓPICOS ESPECIAIS DE SOCIOLOGIA JURÍDICA

### 5.1. O Direito como ciência

A referência maior do reconhecimento do Direito como ciência certamente reside em Hans Kelsen e sua teoria pura do Direito. Para o citado autor, "na afirmação evidente de que o objeto da ciência

---

[55] Parlamento Europeu. Resolução do Parlamento Europeu, de 16 de fevereiro de 2017, que contém recomendações à Comissão sobre disposições de Direito Civil sobre Robótica (2015/2103(INL)). Disponível em: http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2017-0051+0+DOC+XML+V0//PT. Acesso em: 10 ago. 2019.

[56] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Rever ou romper com a Constituição dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo. Revista de Direito Constitucional e Internacional, vol. 15, p. 7-17, abr.-jun./1996.

jurídica é o Direito, está contida a afirmação – menos evidente – de que são as normas jurídicas o objeto da ciência jurídica, e a conduta humana só o é na medida em que é determinada nas normas jurídicas como pressuposto ou consequência, ou – por outras palavras – na medida em que constitui conteúdo de normas jurídicas"[57].

A construção do Direito como ciência – ou seja, como um ramo do conhecimento dotado de sistematicidade, racionalidade e generalidade – tem origens na cultura jurídica ocidental, que, tradicionalmente, buscou imprimir na ciência jurídica o mesmo rigor das ciências da natureza e da matemática.

Com efeito, é possível dizer que a ciência jurídica surge até mesmo antes da revolução científica do século XVIII, a partir da formação da Universidade de Bolonha, "cujo núcleo dos estudos era o Direito romano compilado por Justiniano que foi nomeado – pelos juristas do século XI – de *corpus juris civilis*"[58].

Com o passar dos séculos – e das mudanças havidas na filosofia da ciência –, questão que se põe reside em saber se ainda poderíamos, nos dias atuais, conceber o Direito como ciência.

A resposta é positiva. O Direito é (também) uma ciência: a ciência jurídica. Isso significa dizer que ele (o Direito) pode ser objeto da ciência, em seus variados aspectos (direito positivo, teoria da norma jurídica, teoria da interpretação, jurisprudência etc.). A construção dessa ideia pode causar certa confusão, que precisamos afastar desde logo: é que o nome da ciência (o Direito, com inicial maiúscula) confunde-se com um de seus objetos (o direito).

Ainda hoje, o Direito é concebido – embora não possa ser assim reduzido – como um sistema ordenado de normas jurídicas que disciplinam a conduta humana.

Se a ideia de construção de um sistema racional em termos lógicos e objetivos consiste em uma manifestação teórica inaugurada pelo humanismo renascentista, o passar dos tempos revelou que a

[57] KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 79.

[58] ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Introdução à teoria e à filosofia do direito*. 3.ed. São Paulo: RT, 2015, p. 142.

"excessiva preocupação com o rigor sistemático do conhecimento levava a análise dos problemas jurídicos a um nível de abstração completamente desconectado da realidade social"[59].

Esse problema foi percebido ainda no século XIX, o que levou Hans Kelsen à tentativa de elaboração de uma "ciência pura", a partir de uma cisão entre *conhecimento* e *vontade*. O mencionado autor colou na gaveta da "política jurídica" todas as questões relativas à finalidade e aplicação concreta do Direito. Para a ciência jurídica, interessaria apenas o conhecimento das normas jurídicas, afastadas de todo tipo de ideologia e visões de mundo.

A verdade é que a própria *escolha* do objeto de uma ciência, por si só, já revela uma opção, uma vontade, e, portanto, um saber subjetivo. Por conta disso, a ciência jurídica contemporânea consiste em um ramo do conhecimento bastante dinâmico, com variadas ramificações. Apesar do rompimento com os cânones tradicionais, a ciência jurídica contemporânea conserva o seu caráter pragmático-sistêmico, apresentando algumas características fundamentais que merecem destaque:

a) **Deslocamento do ambiente de análise** – A ciência jurídica não se limita a analisar o sistema jurídico como algo isolado da sociedade. Ele é observado a partir da sociedade. É a sociedade que forma o Direito e não o contrário[60].

b) **Superação da rigidez hierárquica** – O Direito não se limita às codificações hierárquicas. Os sistemas e subsistemas jurídicos são marcados por decisões que derivam de operações mais complexas.

c) **Nova compreensão da positividade jurídica** – Para a ciência jurídica contemporânea, a norma jurídica não se confunde com o texto (enunciado). Um mesmo texto jurídico pode resultar em normas distintas no tempo. Em realidade, a norma é o

[59] ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Introdução à teoria e à filosofia do direito.* 3.ed. São Paulo: RT, 2015, p. 144.

[60] ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Introdução à teoria e à filosofia do direito.* 3.ed. São Paulo: RT, 2015, p. 151.

produto da interpretação jurídica. Assim, a positividade do direito deriva mais das suas decisões e menos da estrutura fixa do texto previsto em um código.

## 5.2. O Direito como ideologia

A compreensão do Direito como ideologia possui uma íntima relação com o pensamento de Georg Lukács (1885-1971), proeminente intelectual marxista da era stalinista.

Na ótica marxista, as ideias políticas de um povo ("os homens reais") são condicionadas pelo desenvolvimento das suas forças produtivas. As formas de pensamento (e, portanto, também de controle social) derivam diretamente do modo de organização dos meios de produção.

Nesse contexto, a ideologia é concebida como uma **falsa percepção da realidade, ou seja, uma falsa concepção da história**. Ela corresponderá às ideias da classe dominante, como resultado da estrutura dos meios de produção, sendo um instrumento de manutenção de tal estrutura. Cuida-se de uma **forma de dominação simbólica (sem uso da força)**, em que o dominado não se vê como tal, concordando, em grande parte, com as orientações políticas do dominante, o que limita a luta de classes e consolida uma forma aparentemente legítima de dominação silenciosa[61].

Partindo de tal premissa, **Lukács** desenvolve a noção de ideologia como a projeção da consciência de classe da burguesia, de modo a prevenir que o proletariado atente para a real consciência de sua posição revolucionária. Para o filósofo húngaro, o papel que é comumente atribuído ao Direito – o de ser um conciliador social, controlando e administrando as posições sociais com normas de "dever-ser" – possui uma natureza ideológica, porquanto incapaz de alterar a realidade econômica e, portanto, de promover a libertação social.

---

[61] BARROS FILHO, Clóvis de. *A dominação ideológica.* Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=4bSpHDLhpMI. Acesso em: 29 dez. 2016.

É dizer, nessa perspectiva crítica, o estudo e a produção do Direito servem à legitimação de interesses particulares próprios da ideologia liberal, impedindo que as pessoas em geral possam se insurgir contra o próprio Direito, em busca de mais liberdade e igualdade.

## 5.3. Direito estatal e extraestatal

Cada vez mais, sobretudo na América Latina, discute-se o reconhecimento de outras fontes jurídicas, de natureza extraestatal. O tema ganhou destaque especialmente a partir da década de 1990, em razão do reconhecimento da autonomia jurídica dos povos indígenas.

Um dos aspectos do constitucionalismo latino diz respeito à relação problemática entre ordens jurídicas estatais e as ordens extraestatais de coletividades nativas, cujos pressupostos antropológico-culturais não se compatibilizam com o modelo de constitucionalismo do Estado[62].

Em outras palavras, são frequentes os questionamentos que derivam de colisões entre as instituições da ordem jurídica constitucional de um Estado e a normatividade produzida no seio de uma comunidade nativa, com referenciais próprios. É o que ocorre no seio das comunidades indígenas. Em tais casos, a simples outorga unilateral de "direitos humanos" aos seus membros, segundo a doutrina crítica, tende a "ter consequências destrutivas sobre mentes e corpos, sendo contrárias ao próprio conceito de direitos humanos"[63].

No Brasil, esse debate remonta às ideias preconizadas por Roberto Lyra Filho, para quem, em substituição à perspectiva derivada do consenso positivista, o Direito deve ser concebido como "legítima organização social da liberdade"[64].

Seguindo as lições de Lyra Filho, José Geraldo de Sousa Junior registra que a liberdade não consiste apenas no núcleo de fundamentação jurídica, mas também no "valor central e fundamental para uma teoria da legitimidade", pressuposto que "deriva do respeito à regra

---

62 NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 216.

63 NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 217.

64 LYRA FILHO, Roberto. *Desordem e processo*: um prefácio explicativo. In: LYRA, Doreodó Araújo (Org.). *Desordem e processo*: escritos sobre o direito em homenagem a Roberto Lyra Filho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986, p. 312.

procedimental, à livre decisão, ou seja, o respeito à democracia e à soberania popular"[65]. Para o citado autor, em tempos de globalização, a busca por alternativas para um mundo melhor tem conduzido a uma nova perspectiva de pensar e compreender os protagonismos sociais, que conduzem lutas por satisfação de necessidades e por autonomia, por reconhecimentos de direitos e expressam ações de cidadania que indicam estratégias e formas de organização para defender modelos de convivência, garantindo-se direitos e projetos de vida[66].

É bem verdade que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 inaugurou um novo marco em relação ao tratamento dispensado aos povos indígenas, superando-se o paradigma integracionista, que os concebia como "aculturados", a necessitar de uma tutela estatal. Nesse sentido, não se pode negar a relação indissociável entre pluralismo e constitucionalismo, como reconhece Michael Rosenfeld, que procura fundamentar a construção da identidade do sujeito constitucional a partir de uma ética pluralista.

Para o mencionado autor, o constituinte, ao fundar um Estado Constitucional, deve renunciar à sua identidade pré-constitucional e afirmar o pluralismo como sua característica maior, pelo discurso jurídico. Em uma comunidade completamente homogênea, com um objetivo coletivo único e sem uma concepção de que o indivíduo tem algum direito legítimo ou interesse distinto daqueles da comunidade como um todo, o constitucionalismo seria supérfluo[67]. Sob tais fundamentos, é proposta a superação das concepções de cunho essencialista sobre a identidade nacional brasileira, transferindo a carga de coesão da sociedade de uma identidade nacional para uma identidade constitucional fundada na não homogeneidade cultural.

Historicamente, como registra Ela Wiecko Volkmer de Castilho, "no início dos anos 80, começaram a surgir as primeiras associações e organizações indígenas na busca do reconhecimento de suas terras,

[65] SOUSA JUNIOR, J. G. *Direito como liberdade*: o direito achado na rua. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2011, p. 29.

[66] SOUSA JUNIOR, J. G. *Direito como liberdade*: o direito achado na rua. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2011, p. 31-32.

[67] ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Tradução de Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 21.

identidade e autonomia"[68], fato que influenciou diretamente o novo regramento constitucional.

O contexto em que se inserem as reformas deriva da projeção das lutas dos sujeitos coletivos, num ambiente marcado por concepções individualistas[69], o que se relaciona com o que Menelik de Carvalho Netto identifica como o resgate da dimensão "normativa emancipatória e inclusiva inerente ao direito, apta a apreender o direito que nasce da ação dos movimentos sociais e a denunciar sua redução formalista e estatizante"[70].

Apesar disso, a teoria crítica compreende que os processos políticos contemporâneos, ao tempo em que apresentam um discurso oficial que incorpora ideais de igualdade, respeito à pluralidade e convivência social, trazem propostas contraditórias e "distantes da realidade social dentro da qual operam, onde prevalece um quadro de exclusão, de violência, onde os espaços permanecem fechados para o diálogo entre a diversidade"[71].

Apontando-se algumas contradições entre a afirmação da universidade dos direitos humanos e a realidade vivenciada, o que se observa, muitas vezes, é "uma imposição forçada de um conjunto específico de valores que negam o diálogo entre a diversidade social, jurídica e cultural existente no universo regulado"[72].

Assim, apesar de contar com aproximadamente 220 (duzentos e vinte) sociedades indígenas e um número total de aproximadamente 800.000 (oitocentos mil) indígenas, o Brasil encontra-se muito

68 CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. A problemática da tutela dos povos indígenas do Brasil. In: BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. *A questão indígena*. Brasília: MRE, 2003. p. 17.

69 SOUSA JUNIOR, J. G. *Direito como liberdade*: o direito achado na rua. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2011, p. 37.

70 CARVALHO NETTO, M. A contribuição do Direito Achado na Rua para um constitucionalismo democrático. In: *Observatório da Constituição e da Democracia*, n. 14. Brasília: Unb, 2007, p. 3.

71 PASCUAL, Alejandra Leonor. Os povos indígenas e o direito de ser diferente. In: SOUSA JÚNIOR, José Geraldo (Org.). *Na fronteira:* conhecimento e práticas jurídicas para a solidariedade emancipatória. Porto Alegre: Síntese, 2003. p. 36.

72 PASCUAL, Alejandra. A construção do diálogo entre os diferentes: base da democracia e da plena realização dos direitos humanos. In: *Anais do XIII Congresso de Pós-graduação em Direito (CONPEDI)*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. p. 525.

longe de um efetivo pluralismo institucional e mais distante ainda da elaboração de pautas de articulação entre o Direito estatal e os direitos próprios, como existem na Colômbia ou Bolívia[73]. O modelo brasileiro preocupa-se mais com as questões territoriais e menos com um regime de autonomia institucional, com determinação de jurisdições ou unidades organizacionais próprias[74].

Rememore-se que, de acordo com o art. 4 da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, documento sem força vinculante ("soft law"), os povos indígenas, no exercício do seu direito à autodeterminação, têm direito à autonomia ou ao autogoverno nas questões relacionadas a seus assuntos internos e locais. Com base nisso, fundada no pluralismo histórico, parte da doutrina defende o reconhecimento da "jurisdição ou foro étnico", de modo que cada comunidade indígena possa resolver "seus conflitos e elabore seu dissenso interno por um caminho próprio"[75][76].

Isso não significaria, porém, uma retirada total da participação do Estado sobre as deliberações no seio das comunidades indígenas, a quem cabe garantir a deliberação interna quando obstaculizada pelos poderes estabelecidos – cacicados – dentro das comunidades, em valorização à ação comunicativa[77].

## 5.4. A função simbólica do Direito

Fala-se em função simbólica do Direito como referência à sua capacidade de, em determinadas situações, satisfazer certos interesses políticos sem que apresente a mínima capacidade de transformação da realidade. Em tais casos, o Direito funciona como uma espécie de *álibi*, ou seja, como uma resposta meramente simbólica – normalmente

---

[73] SEGATO, Rita Laura. *Que cada povo teça os fios da sua história*: o pluralismo jurídico em diálogo didático com legisladores. Direito. UnB, v. 1, 2014, p. 71.

[74] SEGATO, Rita Laura. *Que cada povo teça os fios da sua história*: o pluralismo jurídico em diálogo didático com legisladores. Direito. UnB, v. 1, 2014, p. 68.

[75] NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 227.

[76] SEGATO, Rita Laura. *Que cada povo teça os fios da sua história*: o pluralismo jurídico em diálogo didático com legisladores. Direito. UnB, v. 1, 2014, p. 82.

[77] SEGATO, Rita Laura. *Que cada povo teça os fios da sua história*: o pluralismo jurídico em diálogo didático com legisladores. Direito. UnB, v. 1, 2014, p. 98.

legislativa – a uma demanda social, como forma de saciar os anseios daqueles que desejam mudanças na sociedade regulada.

Nesse sentido, é comum a referência ao chamado **constitucionalismo simbólico**, expressão desenvolvida por MARCELO NEVES para se referir ao processo de mudança constitucional que não é caracterizado pela imediatidade da satisfação das respectivas necessidades, mas sim com o problema da solução de conflitos de interesses[78]. Essa função simbólica do processo legislativo é também muito invocada no campo do Direito Penal, orientando-se por uma espécie de postura não instrumental. Aqui, a mudança, na Constituição ou nas leis, não tem por objetivo servir de instrumento de mudança da realidade fática. Basta imaginar a elaboração de uma lei penal que tenha por objetivo dar uma resposta aos anseios sociais, sem que esse novo diploma produza resultado algum no combate à criminalidade.

Conforme explica Marcelo Neves, a "'legislação simbólica' aponta para o predomínio, ou mesmo hipertrofia, no que se refere ao sistema jurídico, da função simbólica da atividade legiferante e do seu produto, a lei, sobretudo em detrimento da função jurídico-instrumental". Isso porque "à atividade constituinte e à emissão do texto constitucional não se segue uma normatividade jurídica generalizada, uma abrangente concretização normativa do texto constitucional", na medida em que, "de um lado, sua função não é direcionar as condutas e orientar expectativas conforme as determinações jurídicas das respectivas disposições constitucionais; mas, por outro lado, ela responde a exigências e objetivos políticos concretos"[79].

---

[78] NEVES, Marcelo. *Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática*: mudança simbólica da Constituição e permanência das estruturas reais de poder. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176514/000518647.pdf?sequence=3&isAllowed=y. Acesso em: 2.2.2020.

[79] NEVES, Marcelo. *Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática*: mudança simbólica da Constituição e permanência das estruturas reais de poder. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176514/000518647.pdf?sequence=3&isAllowed=y. Acesso em: 2.2.2020.

## 6. QUESTÕES DE CONCURSO

**XLIII Concurso Público para Provimento de Cargos de Juiz de Direito Substituto da Justiça do Distrito Federal – Segunda Etapa – Prova Escrita Discursiva (2016)**

*Questão 10 – Noções Gerais de Direito e Formação Humanística*

*Considere o texto a seguir e responda aos questionamentos que a ele seguem:*

*"As principais teorias da sociologia moderna são de tipo macrossociológico. (...). Duas são as principais correntes de teorias macrossociológicas: as teorias funcionalistas e as do conflito social. (...) Os funcionalistas consideram a sociedade como uma grande 'máquina'. Esta distribui papeis e recursos aos seus membros, que são identificados como as 'peças da máquina'. A finalidade da sociedade é a sua reprodução por meio do funcionamento perfeito de seus vários componentes. (...) As teorias do conflito social entendem que na sociedade agem grupos com interesses estruturalmente opostos, que se encontram em situação de desigualdade e em luta perpétua pelo poder. (...) De uma forma geral, os teóricos do conflito explicam o funcionamento social usando a hipótese da estratificação social". (Ana Lucia Sabadell, In Manual de Sociologia Jurídica, 6ª Edição, Ed. RT, SP, 2014).*

*a) Faça breve definição de controle social, indicando as suas finalidades, tendo em conta a perspectiva liberal-funcionalista e a perspectiva da teoria do conflito social.*

*b) Cite pelo menos quatro características do controle social realizado pelo Direito, sob a ótica funcionalista, explicando-as.*

*Organize sua resposta em itens ("a" e "b"), em correspondência aos questionamentos acima.*

**Resposta:**

O tema em questão se encontra explicado no item 2.1 do presente capítulo. Caberia ao candidato, inicialmente, explicar brevemente em que consiste o controle social, partindo em seguida para a explicação das perspectivas liberal-funcionalista e do conflito social. Em seguida,

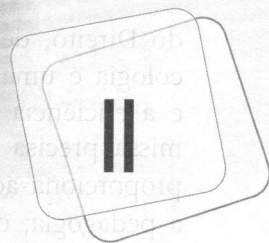
deveria citar ao menos quatro características próprias do controle social realizado pelo direito, a exemplo da **certeza** (ou seja, a sua clareza no seio social), a exigibilidade (que decorre das sanções que lhe conferem eficácia), a **generalidade** (consistente na sua aplicação a todos, como imperativo categórico que cria regras gerais de comportamento), a **expansividade** (sua capacidade de transformar em norma jurídica elementos que antes possuíam apenas conteúdo social); e a **uniformidade** (sua tendência de aplicação isonômica).

## CONCURSO PÚBLICO, DE PROVAS E TÍTULOS, PARA INGRESSO NA CARREIRA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DE MINAS GERAIS | EDITAL 01/2018

*Questão 02 – Discorra em, no máximo, 25 (vinte e cinco) linhas, sobre o conceito habermasiano de equiprimordialidade ou cooriginalidade, e como se dá a relação entre Moral e Direito no pensamento de Habermas.*

**Resposta:**

O tema em questão se encontra explicado no item 1.2 ("Sentido estrito de Justiça, como valor jurídico-político"), bem como no item 2.5.1 ("Teorias diferenciadoras" a respeito de moral e direito). Cuida-se de uma questão com elevado grau de dificuldade. Caberia ao candidato, inicialmente, explicar o contexto pós-positivista do pensamento de Habermas e sua tentativa de construir uma teoria democrática discursiva e procedimentalista. Após essa introdução, deveria ser explicado o conceito de equiprimordialidade (também chamada cooriginalidade), com ênfase na visão do autor a respeito das esferas de domínio público e privado.

Por fim, deveria ser feita uma breve explicação a respeito da relação complementar entre direito e moral em Habermas, com ênfase na justificação moral do direito.

# PSICOLOGIA JURÍDICA

**Sumário** • 1. A psicologia como ciência: estado atual. 1.1. Introdução. 1.2. As diversas direções metodológicas de psicologia. 2. A psicologia jurídica e a personalidade humana. 3. O inconsciente e a estrutura do psiquismo. 3.1. As contribuições de Sigmund Freud. 3.2. O pensamento de Carl Gustav Jung. 4. Psicologia jurídica: uma breve história e o papel do psicólogo jurídico. 5. Psicologia e Comunicação: relacionamento interpessoal, relacionamento do magistrado com a sociedade e a mídia. 5.1. Aspectos gerais sobre psicologia e comunicação. 5.2. Relacionamento interpessoal. 5.3. Relacionamento do magistrado com a sociedade e a mídia. 6. Problemas atuais da psicologia com reflexos no direito: assédio moral e assédio sexual. 7. Teoria do conflito e os mecanismos autocompositivos. 7.1. Introdução à teoria do conflito social. 7.2. Procedimentos, técnicas, posturas, condutas e mecanismos aptos a obter a solução alternativa dos conflitos. 8. O processo psicológico e a obtenção da verdade judicial. 8.1. Aspectos gerais. 8.2. O comportamento de partes e testemunhas. 9. Questões de concurso.

## 1. A PSICOLOGIA COMO CIÊNCIA: ESTADO ATUAL

### 1.1. Introdução

Um dos maiores questionamentos que nós juristas fazemos à respeito da psicologia jurídica reside em saber se o estado atual da psicologia possibilita a aplicação de seus conhecimentos ao campo

do Direito, de forma científica. Com efeito, a verdade é que a psicologia é uma ciência que oferece as mesmas garantias, a seriedade e a eficiência das disciplinas biológicas[1]. Quem duvida de tal premissa precisa recorrer, com pressa, aos resultados que esse campo proporciona aos demais ramos do conhecimento, como a medicina, a pedagogia, o comércio, a política, a sociologia etc.

Diferentemente da **psicologia clássica (ou filosófica)**, que acreditava ser a "alma" o seu objeto de estudo, a **psicologia moderna** possui um objeto bastante preciso: os fenômenos psíquicos, ou seja, o conjunto de elementos que formam, de maneira subjetiva, a nossa experiência interna[2]. Sua preocupação não possui natureza ontológica. É dizer: ela não pretende estudar a essência da atividade psíquica, mas sim os seus resultados, através de observação e experimentação, como qualquer outra ciência natural.

## 1.2. As diversas direções metodológicas de psicologia

De acordo com a classificação realizada por Emilio Mira y Lopez, existem, na atualidade, cerca de nove grandes direções metodológicas da psicologia, denominadas "escolas". Vejamos, de forma abreviada, cada uma delas.

A primeira delas, o **behaviorismo**, surgiu ainda no século XIX, sendo fortemente impulsionada, nos Estados Unidos, por John B. Watson. Tal escola parte de uma lógica objetiva e baseada no "reflexo condicionado", sustentando que a vida psíquica pode ser traduzida como movimentos ou ações estudadas a partir de um ponto de vista externo, sem preocupações com os aspectos introspectivos. Em poucas palavras, seu propósito é o condicionamento do comportamento humano a partir de estímulos externos. Para alguns autores, a consequência do behaviorismo é a de considerar o ser humano como

[1] MIRA Y LOPEZ, Emilio. *Manual de psicologia juridica.* 6. ed. Buenos Aires: El Tenel Editorial, p. 7.

[2] MIRA Y LOPEZ, Emilio. *Manual de psicologia juridica.* 6. ed. Buenos Aires: El Tenel Editorial, p. 7.

um animal, que apresenta respostas a estímulos[3]. Tal metodologia tem sido reconhecida como um valioso auxílio à psicologia jurídica, com modernos métodos de avaliação de depoimentos e exames para a averiguação da aptidões mentais, além de contribuir para o estudo experimental do sistema penitenciário e das técnicas de autocomposição.

A segunda escola a merecer nossa atenção é a **psicanálise**, certamente a mais famosa de todas. A verdade é que tal direção metodológica abrange um vasto movimento que se iniciou a partir das técnicas e interpretações iniciadas por Sigmund Freud. Em sua relação com o Direito, ela tem fornecido importantes elementos para a compreensão da conduta delitiva e da psicologia do testemunho, além de auxiliar também na identificação das razões de cometimento de erros judiciários. Com efeito, para melhor compreendermos a psicanálise freudiana, necessitamos explicar os seus 6 (seis) grandes princípios[4]:

i. **Princípio do determinismo psíquico** – De acordo com tal princípio, todo ato psíquico possui intenção, motivação e significado, não podendo ser concebido como um fenômeno meramente acidental ou esporádico. O aparato psíquico possui, pois, uma causalidade própria;

ii. **Princípio da transferência** – Por ele, são explicadas diversas transgressões de relevância jurídica, em especial criminal. O princípio da transferência reconhece que as cargas afetivo emocionais podem se deslocar subitamente, de modo a dominar a conduta individual, ainda que o sujeito tenha total conhecimento do extremismo de seu comportamento. Isso ocorre, sobretudo, em situações de fobias, obsessões e compulsões;

iii. **Princípio do pandinamismo psíquico** – De acordo com o pensamento freudiano, não há nada que esteja morto, inativo, dentro do aparato psíquico. É dizer, a vida mental

[3] MIRA Y LOPEZ, Emilio. *Manual de psicologia juridica*. 6. ed. Buenos Aires: El Tenel Editorial, p. 9.

[4] MIRA Y LOPEZ, Emilio. *Manual de psicologia juridica*. 6. ed. Buenos Aires: El Tenel Editorial, p. 9-11.

consiste em uma infinita corrente de tensões e movimentos psíquicos, com intensa atividade. Mesmo em momentos de aparente latência (como durante o sono ou a depressão), a mente humana mantém o seu dinamismo;

iv. **Princípio da repressão** – Pelo princípio da repressão (ou censura), a força repressora de experiências passadas possui uma poderosa influência no psiquismo, expulsando do plano consciente determinados eventos ou desejos instintivos, tidos como incompatíveis com a moral vigente;

v. **Princípio da tripartição da personalidade** – De acordo com tal postulado, a individualidade psíquica consiste no produto de três influentes grupos de forças, que resultam em três estruturas do aparelho psíquico. Tais estruturas podem ser divididas a partir das seguintes forças: **a)** as pulsões, de origem instintiva e natureza irracional e inconsciente, operando a partir do princípio do prazer (*id* ou *es*); **b)** aquelas derivadas da experiência e da educação, de ordem racional e consciente, operando a partir de uma lógica utilitária (*ego* ou *Ich*); **c)** as derivadas de processos coercitivos e punitivos, o que permite, por exemplo, a superação do chamado complexo de Édipo, por meio de um princípio autopunitivo, denominado "superego" (*Überich*). A permanente interação entre as três forças explica as oscilações do psiquismo entre o prazer, a utilidade e o dever, ou seja, entre os domínios irracional, racional e reflexivo;

vi. **Princípio da autocompensação** – Este último princípio informa a capacidade que o aparato psíquico possui de reestabelecer seu equilíbrio, diante de violentas interações e rupturas decorrentes das forças citadas no princípio anterior, permitindo uma adaptação psíquica em busca da superação do conflito interno. Isso ocorre mediante diversos processos, como a racionalização e a catatimia[5].

[5] "Catatimia é o fenômeno observado quando a emoção turva a razão. É ela que provoca os chamados estados passionais, previstos em lei pelo Código Penal Brasileiro: "... quando o indivíduo cometer o delito sob forte emoção...", o que permite atenuar

Uma terceira escola a merecer atenção consiste na **psicologia da personalidade (ou psicologia diferencial)**, capitaneada por **Wilhelm Stern**. Tal corrente parte do pressuposto da impossibilidade de fragmentação analítica da vida psíquica, sustentando que o psiquismo não pode ser decomposto sem que perca suas características essenciais. Assim, o objeto da psicologia deve recair sobre *a pessoa*, assim considerada indivisível, porém marcada pelos chamados *tipos de personalidade*.

Em sua interação com o direito, é possível afirmar que a psicologia diferencial propõe que a responsabilização de determinada pessoa por seus atos deve partir da análise do tipo de personalidade do autor – extroversão, amabilidade, responsabilidade e instabilidade emocional ou neuroticismo –, o que pode ser alcançado por meio de questionários psicológicos. Somente a partir do tipo de personalidade, será possível definir as noções que determinado indivíduo possui sobre o *ser* e o *dever ser*, aferindo-se suas possibilidades de correção, suas noções de mundo e a pena adequada a determinada prática delitiva. Há aqui uma preocupação com o *estudo evolutivo da integração pessoal*.

A quarta escola consiste na chamada ***Gestalt* ou gestaltismo (*Gestaltpsychologie*)**, movimento recente, surgido no início do século XX, tendo como um dos principais representantes o psicólogo tcheco **Max Wertheimer**. Tal corrente defende, de início, a impossibilidade de empregar, no campo da psicologia, os mesmos métodos válidos para as ciências exatas, sustentando que o fenômeno psíquico consiste em uma "unidade vital" indivisível. De maneira mais simples, prega-se a impossibilidade de se conhecer o todo (o comportamento humano) mediante a mera soma das partes. Enquanto um físico ou um químico pode, sem dificuldades, isolar os componentes de determinado experimento, o fenômeno psicológico é sempre algo *complexo*, uma *estrutura* que, embora decorrente de leis que podem ser conhecidas, resultam sempre em algo completamente distinto das suas premissas.

---

a aplicação da pena judicial, pois o réu não estaria, assim, plenamente consciente (razão) no momento do delito, e, portanto, não podendo ser totalmente responsável (responder) pelo mesmo, diminuindo a sua imputabilidade legal e jurídica" (cf. http://www.redepsi.com.br/2007/08/28/catatimia/).

Daí surgem as suas duas grandes premissas: a **super-soma** – pelo que o todo é algo sempre maior que a soma das partes, sendo os fenômenos psicológicos totalidades organizadas – e a **transponibilidade** – sustentando que a forma total é o que se sobressai, e não os componentes de determinado fenômeno[6].

Em razão do seu caráter eminentemente descritivo e, paradoxalmente, genérico, a *gestalt* é alvo de muitas críticas, sendo constante a afirmação de incoerência e inconsistência de sua base teórica.

A quinta escola é a da **psicologia evolutiva**. Abandonando a concepção do "criminoso nato" a partir de caracteres fisiológicos, presente na obra de autores como LOMBROSO, tal corrente mantém a crença na existência de predisposições delitivas hereditárias. Destacam-se aqui autores como LANGE e KRUEGER.

A sexta escola é a da **psicologia neurorreflexiva**, de autores como SHERRINGTON, BECHTEREW e PAVLOV, os quais propõem o estudo dos "reflexos condicionados", defendendo que as reações pessoais consistem em derivações de dois processos fundamentais do funcionamento do sistema nervoso central, a excitação e a inibição. No campo jurídico, a crítica de tal corrente da psicologia recai sobre a suposta eficácia das sanções penais como meio de evitar a reincidência. Isso porque, sob tal ótica, tal consequência não pode ser obtida a partir de algo posterior à conduta, abstrato e distante, mas sim por meio de estímulos inibidores ("reflexos condicionais" negativos) contemporâneos e de acordo com as leis do reflexo delitivo.

A sétima escola é a da **psicologia tipológica, constitucional ou caracterológica.** É também conhecida como *somatótipo*, teoria desenvolvida por autores como WILLIAM HERBERT SHELDON, que faz uma associação entre os tipos corporais humanos (*endomorfo*, *mesomorfo* e *ectomorfo*) e os tipos de temperamentos. O primeiro tipo corporal (*endomorfo*) seria caracterizado pelo acúmulo de gordura e metabolismo lento, com tendência ao comportamento descuidado e preguiçoso. O segundo (*mesomorfo*), por baixos níveis de gordura,

---

[6] Fazendo-se uma analogia meramente didática, podemos afirmar que a palavra "casa" possui um significado total diverso e destacado, se comparado com as letras que compõem o nome (c, a, s, a).

musculatura acentuada e ombros largos, com tendência a serem populares e trabalhadores. O terceiro (*ectomorfo*), por poucos níveis de gordura e musculatura não desenvolvida, com tendência a serem inteligentes e medrosos.

A proposta de tal corrente da psicologia é a de integrar as condições morfológicas dos indivíduos com a previsão de reações sociais. No campo da psicologia forense, seu principal objetivo consiste em definir um "estilo delinquencial" a partir de elementos morfológicos individuais. Embora tenha se tornado bastante popular nas décadas de 1940 e 1950, a psicologia tipológica sofreu severas críticas de teóricos do final do século, que apontaram seu viés higienista e eugênico, além do caráter simplista e místico (a exemplo da análise da assimetria do ser humano, a partir dos estudos de **Wolff**).

A oitava escola que merece ser conhecida é a **psicologia anormal**, que parte do pressuposto de ser a psiquiatria algo mais amplo que um aspecto da neurologia, devendo ser considerada uma disciplina derivada da psicologia. Seu objeto de estudo são os padrões anormais de comportamento e pensamento. Sob seu ponto de vista, os indivíduos em conflito com as leis que regulam a vida social se encontram em uma situação de anormalidade (ou desvio), que pode derivar de uma mente normal em uma situação (contexto) anormal ou o contrário: uma mente anormal em um contexto fático normal.

A maior preocupação da psicologia anormal "não é descobrir que pessoas são normais e quais não são, mas sim que classe e que grau de anormalidade são próprios de cada pessoa"[7]. Destacam-se aqui os estudos de autores como **Bleuler**, **Kretschmer**, **Luxemburger**, **K. Schneider** e **Jahrreis**, que desenvolveram o conceito de personalidade dotada de psicopatia, evidenciando o caráter artificial da separação entre o campo normal e o patológico. Prega-se, pois, uma diluição do conceito de anormalidade, de modo a quebrar o binômio que associa a irresponsabilidade delitiva com a loucura e a responsabilidade delitiva com a saúde mental. A palavra "loucura" é apontada pela psicologia anormal como algo desprovido de sentido,

[7] MIRA Y LOPEZ, Emilio. *Manual de psicologia juridica*. 6. ed. Buenos Aires: El Tenel Editorial, p. 14.

sendo incorreto associá-la abstratamente a uma ideia de enfermidade. A loucura passa a ser concebida como um estado mental que pode possuir muitas causas, que geram no indivíduo a perda de contato com a realidade fenomenológica, de modo a afetar a sua capacidade discriminativa entre o mundo sensorial e o representativo, o que conduz a comportamentos que podem até ser considerados lógicos, mas são certamente inadequados[8].

Por fim, merece destaque a chamada **psicologia social**, surgida no século XX, a partir de autores de diversos centros de investigação, a exemplo do *Research Center for Group Dynamics*, em Cambridge, Massachusetts. São comumente considerados seus fundadores nomes como Gordon Allport, Newcomb, Murphy, Kurt Lewin e Elliot Jaques. Após a segunda guerra mundial, tais autores se preocuparam em desenvolver uma corrente do pensamento que pudesse servir de elo entre a psicologia e as demais ciências sociais, a exemplo da sociologia, antropologia, história, ciências políticas etc.

Seu objetivo maior consiste em explicar o comportamento e pensamento humano a partir de uma perspectiva coletiva, ou seja, levando-se em consideração a interação entre os indivíduos nas mais variadas esferas. Para tanto, seu primeiro passo consiste em investigar o que pode ser considerado inato e o que é adquirido pelo ser humano, em convivência com as demais pessoas. A partir daí, superando-se o paradigma tipológico, as investigações da psicologia social passam a se preocupar com um objeto bem definido: a conduta individual, frente as pressões e aspirações dos grupos em que se encontra inserida a pessoa (grupo familiar, vicinal, laboral etc.)[9]. Para tanto, são necessários auxílios das outras ciências sociais, a exemplo da sociologia, história, economia, pedagogia etc.

No âmbito do Conselho Federal da Psicologia, coube à Resolução n. 05/2003 reconhecer a psicologia social como especialidade, para finalidade de concessão e registro do título de especialista. Tal norma estabelece a seguinte definição para a psicologia social:

---

8 MIRA Y LOPEZ, Emilio. *Manual de psicologia juridica*. 6. ed. Buenos Aires: El Tenel Editorial, p. 15.

9 MIRA Y LOPEZ, Emilio. *Manual de psicologia juridica*. 6. ed. Buenos Aires: El Tenel Editorial, p. 16.

Art.3º. A especialidade de Psicologia Social fica instituída com a seguinte definição:

I – Atua fundamentada na compreensão da dimensão subjetiva dos fenômenos sociais e coletivos, sob diferentes enfoques teóricos e metodológicos, com o objetivo de problematizar e propor ações no âmbito social. O psicólogo, nesse campo, desenvolve atividades em diferentes espaços institucionais e comunitários, no âmbito da Saúde, Educação, trabalho, lazer, meio ambiente, comunicação social, justiça, segurança e assistência social. Seu trabalho envolve proposições de políticas e ações relacionadas à comunidade em geral e aos movimentos sociais de grupos e ações relacionadas à comunidade em geral e aos movimentos sociais de grupos étnico-raciais, religiosos, de gênero, geracionais, de orientação sexual, de classes sociais e de outros segmentos socioculturais, com vistas à realização de projetos da área social e/ou definição de políticas públicas. Realiza estudo, pesquisa e supervisão sobre temas pertinentes à relação do indivíduo com a sociedade, com o intuito de promover a problematização e a construção de proposições que qualifiquem o trabalho e a formação no campo da Psicologia Social.

## 2. A PSICOLOGIA JURÍDICA E A PERSONALIDADE HUMANA

Apenas em 1950, nasceria o termo *psicologia jurídica* – com um significado mais amplo –, pelas mãos de **Mira Y Lopez** em seu Manual de Psicologia Jurídica, seguindo-se suas ramificações. Ao longo dos seus dezesseis capítulos, o autor procura discutir o papel da psicologia no campo do Direito e oferecer conhecimentos sobre o comportamento humano que auxiliem os juristas em suas decisões.

Uma das suas contribuições consistiu no estudo da chamada **estática da personalidade humana,** partindo-se da ideia de que a pessoa é uma unidade indivisa, devendo assim ser estudada e compreendida pela sociedade. Com isso, é eliminada a barreira entre o físico e o metafísico: "ante um estímulo físico, não é o corpo que reage, e ante um estímulo psíquico, não é a alma quem responde, senão que, em ambos os casos, é o organismo em sua totalidade"[10]. Também coube a **Mira Y Lopez** o desenvolvimento dos chamados

[10] MIRA Y LOPEZ, Emilio. *Manual de psicologia juridica.* 6. ed. Buenos Aires: El Tenel Editorial, p. 20.

**fatores responsáveis pela reação pessoal** em um dado momento, elementos essenciais ao desenvolvimento da psicologia jurídica.

O citado autor apresenta o seguinte exemplo: imagine que um sujeito se encontra, numa avenida qualquer, com outro sujeito, e, após algumas trocas de ofensas verbais, um deles golpeie o outro, causando-lhe a morte. Pergunta-se: que fatores conduziram a esta reação pessoal? Tais fatores podem ser esquematizados da seguinte forma:

| Fatores responsáveis pela reação pessoal | |
|---|---|
| Fatores hereditários | a) Constituição corporal |
| | b) Temperamento |
| | c) Inteligência |
| Fatores mistos | d) Caráter |
| Fatores adquiridos | e) Experiência prévia em situações análogas |
| | f) Constelação |
| | g) Situação externa atual |
| | h) Tipo médio de reação social (coletiva) |
| | i) Modo de percepção da situação |

O primeiro dos **fatores hereditários**, a **constituição corporal**, diz respeito aos elementos fisiológicos que influenciam a personalidade humana e, portanto, a conduta. Não são poucos os autores da psicologia que, ao longo dos anos, fizeram associações entre elementos morfológicos e o temperamento humano. A título de exemplo, algumas pesquisas atribuem ao hormônio da testosterona uma direta (embora discutível) associação aos sentimentos de dominação, libido e agressividade, podendo influenciar – embora não determinando – a tomada de decisões, em especial o agir pelo ímpeto. Inegavelmente, existe um denso aspecto instintivo no ser humano, que não pode ser concebido como um ser completamente racional e isolado do mundo animal. Tal aspecto já havia sido reconhecido pelos primeiros autores da psicologia jurídica e permanece sendo alvo de relevantes debates até os dias atuais, como enuncia publicação da revista *Scientific American Brasil*:

## A testosterona sozinha não causa violência

*O hormônio não torna os homens necessariamente violentos, mas faz com que busquem domínio social.*

Todo mundo já ouviu dizer que a testosterona, um hormônio estereotipicamente masculino, está intimamente ligado à violência. As evidências estão por toda a parte, como levantadores de peso que tomam doses exageradas de esteróides anabólicos para sentir uma "fúria" extra na hora de levantar sua carga.

[...]

"Historicamente, os pesquisadores esperavam que um aumento nos níveis de testosterona levasse a uma agressividade maior, mas isso nunca aconteceu realmente", afirma Frank McAndrew, professor de psicologia no Knox College em Galesburg, Illinois, Estados Unidos. De fato, as pesquisas mais recentes sobre a relação entre testosterona e agressividade indicam que a ligação entre elas é fraca e que, quando a agressão é definida como simples violência física, essa ligação quase desaparece.

"O que psicólogos e psiquiatras dizem é que a testosterona possui um efeito facilitador sobre a agressão", comenta Melvin Konner, antropólogo da Emory University e autor de The Tangled Wing: Biological Constraints on the Human Spirit. "Não há uma relação direta em que se pode obter agressividade com uma dose de testosterona."

Experimentos com castração demonstram que o hormônio é necessário para a violência, mas outra pesquisa revelou que somente a testosterona não é suficiente – ou seja, o hormônio não seria o perpetrador, mas um cúmplice, e que às vezes não está muito longe da cena do crime.

Por exemplo: independentemente do sexo, a maioria dos prisioneiros violentos possuem níveis mais altos de testosterona que seus pares mais dóceis. No entanto, cientistas discutem se essa violência não seria apenas uma manifestação de um desejo muito mais biológica e reprodutivamente saliente por domínio.

"Já foi sugerido que os comportamentos anti-sociais relacionados a níveis altos de testosterona seriam uma maneira de manter a dominância nesses grupos", conta Robert Josephs, da University of Texas em Austin. Em outras palavras, se os pesquisadores estudassem outros tipos de pessoas, como os ricos e famosos, por exemplo, poderiam descobrir que a testosterona não está ligada à violência, mas ao fato de quem dirige o carro mais bacana ou tem o gramado mais bonito. Como Josephs disse, "Talvez atacar o vizinho com uma pá funcione na penitenciária, mas não contribuiria para seu status em um bairro de ricos".

O psicólogo James Dabbs, da Georgia State University em Atlanta, construiu sua carreira conduzindo estudos que relacionavam a testosterona a qualquer tipo de estilo de vida imaginável. Em seu livro Heroes, Rogues and Lovers, ele ressalta que atletas, atores, operários e presidiários tendem a apresentar níveis mais altos do hormônio que balconistas, intelectuais e administradores.

Porém, Dabbs não revela se esta correlação foi a causa ou um efeito do ambiente em que esses homens estão inseridos. Assim se chega a um impasse: homens com níveis altos de testosterona têm uma probabilidade maior de se tornarem criminosos violentos, ou ser um criminoso violento aumenta os níveis de testosterona em um homem?

Ninguém sabe a resposta ao certo, mas um número cada vez maior de evidências sugere que a testosterona seria mais um resultado da violência que sua causa. Na verdade, tanto ganhar um jogo de futebol quanto uma partida de xadrez podem elevar os níveis desse hormônio. (Por outro lado, perder um jogo de futebol, ficar mais velho e se tornar obeso reduzem esses níveis).

Para Peter Gray, da University of Nevada em Las Vegas – cujo trabalho revela que o casamento e a paternidade diminuem os níveis de testosterona –, "Há evidências em humanos de que, assim como nos animais, esse hormônio é responsável pela competição entre machos".

Em um experimento sobre diferenças biológicas entre habitantes do Norte e do Sul dos Estados Unidos, um dos voluntários dos pesquisadores da University of Michigan em Ann Arbor "acidentalmente" tropeçou em outros participantes e insultou tanto os homens criados no Sul quanto no Norte do país. Os cientistas resolveram levar em conta o fato de os homens do Sul serem criados em uma "cultura de honra", em que respostas agressivas a xingamentos são culturalmente apropriadas, e os resultados revelaram que os eles não eram só mais propensos a responder com agressividade que os homens do Norte, mas seus níveis de testosterona também subiam como resultado disso. Por outro lado, os homens do Norte eram menos propensos a apresentar uma elevação nos níveis desse hormônio.

"Pelo o que podemos dizer até agora, a testosterona é gerada para preparar o organismo para responder a competição e/ou desafios à situação de alguém", observa McAndrew. "Qualquer estímulo ou evento que sinaliza uma dessas coisas pode desencadear uma elevação nos níveis do hormônio".

Isso faz sentido – a curto prazo, a testosterona ajuda tanto homens quanto mulheres a se tornarem maiores, mais fortes e energéticos, características úteis para se vencer uma competição física ou mental.

> O hormônio também é responsável pela libido em ambos os sexos, e se pesquisadores como Josephs estiverem corretos, instiga nosso desejo por domínio social, uma das maneiras pelas quais os humanos decidem quem pode "acasalar" com quem.
>
> Discutivelmente, a fraca correlação entre testosterona e violência nos dá uma razão para nos tornarmos otimistas em relação à raça humana: enquanto os animais guerreiam por parceiros como resultado das alterações sazonais de testosterona e outros hormônios, os humanos descobriram outras maneiras de estabelecer suas relações. Isso não quer dizer que não possamos nos adaptar rapidamente às manifestações modernas de nosso passado violento: a pesquisa de McAndrews demonstrou que uma maneira garantida de elevar os níveis de testosterona de um homem é colocar uma arma em sua mão[11].

O **temperamento** é também um fator que pode ser herdado, consistindo, para a psicologia jurídica clássica, numa resultante funcional com relação direta com a constituição biológica do ser humano. Igualmente, a **inteligência** consistiria também em um fator endógeno decisivo, sendo comum a afirmação de que "onde acaba a razão, começa a violência". Alerta, contudo, **Mira Y Lopez** que o importante aqui não é a capacidade de juízos abstratos, eis que se revela de extrema relevância o chamado *juízo moral*. Justamente por isso, segundo o autor, existe na infância uma predisposição à delinquência por *ignorância* ou falta de compreensão da responsabilidade moral[12].

Dentro do grupo dos **fatores mistos**, reside o **caráter**, assim entendido o resumo das propriedades pessoais de um sujeito, ou seja, a caracterização de sua personalidade a partir do seu modo de ser habitual. Cuida-se aqui do produto da interação entre fatores endógenos e fatores exógenos da personalidade humana, ou seja, o resultado das reações às tendências instintivas. Tal fator, contudo, não deve ter uma importância exagerada, tendo em vista que, muitas vezes, erramos ao imaginar que conhecemos o caráter de alguém

11 Disponível em: < http://www2.uol.com.br/sciam/noticias/a_testosterona_sozinha_nao_causa_violencia.html>.

12 MIRA Y LOPEZ, Emilio. *Manual de psicologia juridica*. 6. ed. Buenos Aires: El Tenel Editorial, p. 20.

por meio de sua conduta externa, ou seja, dos aspectos visíveis. Ao revés, é na conduta interna que reside verdadeiramente o caráter, não sendo raro o cometimento de atos hediondos por sujeitos tidos por demasiadamente honrados e escrupulosos.

Existem, por outro lado, **fatores exógenos** que influenciam diretamente a conduta humana. O primeiro deles consiste na **prévia experiência em situações análogas**, assim compreendido o hábito prévio, ou seja, a vivência prévia diante de uma circunstância análoga. O aprendizado decorrente das consequências de um comportamento anterior certamente influencia a tomada de decisão no presente. Um segundo elemento exógeno consiste na chamada **constelação**, assim compreendida a influência da vivência imediatamente antecedente à conduta presente. É dizer, o estado de ânimo de determinado sujeito é fatalmente influenciado pelo ambiente em que se encontra em um dado momento (um concerto de violino, uma festa, um congestionamento no trânsito etc.). Não por acaso, há pesquisas que associam padrões de decisões judiciais com o momento em que são tomadas (v. g., logo depois do café da manhã; durante a tarde, já com fome; durante a noite, em estado de cansaço etc.). No hábito popular, é como decidir que hora é mais adequada para visitar ou pedir um favor a alguém, algo que calculamos inconscientemente em nossa vida cotidiana.

A **situação externa atual** é também um fator exógeno relevante, sobretudo diante de delitos cometidos por multidões, em que o *comportamento de manada* pode se tornar um padrão.

Por fim, o **tipo padrão de reação social à conduta** e o **modo de percepção subjetiva da situação** são os dois últimos elementos exógenos. Pelo primeiro, a reação social latente influencia diretamente a conduta dos indivíduos, assim considerado um agente moral, capaz de identificar as reações coletivas que aprovam e desaprovam determinadas atitudes. Pelo segundo, talvez o mais importante dos fatores, as impressões subjetivas que o indivíduo tem diante de uma situação conflitiva possuem um especial destaque na sua conduta. Tal fator leva em consideração não apenas as impressões suscitadas, mas também as motivações conscientes e inconscientes que conduzem, por exemplo, à prática de um crime. Cuida-se de um elemento bastante

singular e pessoal, a exemplo da conduta de alguém que age com sentimento de justiça, imaginando-se estar acobertado por hipótese de legítima defesa[13].

## 3. O INCONSCIENTE E A ESTRUTURA DO PSIQUISMO

### 3.1. As contribuições de Sigmund Freud

Nascido na Áustria, em 1856, FREUD foi médico e fundador da escola da psicanálise. Dentre suas inúmeras contribuições para a psicologia, certamente o maior destaque reside na afirmação da existência do *inconsciente*, exaustivamente estudado pelo autor:

> Quem quer que negue a existência do inconsciente está, de fato, admitindo que hoje em dia temos um conhecimento total da psique. É uma suposição evidentemente tão falsa quanto a pretensão de que sabemos tudo a respeito do universo físico[14].

Para Freud, a maior parte dos processos mentais é absolutamente inconsciente, ou seja, ocorre no plano do involuntário, em que o indivíduo age sem perceber o que faz. No campo do inconsciente, as definições de tempo, certo e errado são bastante confusas e desprovidas de lógica, o que é possível observar por meio dos sonhos[15].

As manifestações do inconsciente podem ser sutilmente observadas também de forma involuntária, através de caminhos como os **sonhos, os atos-falhos** e **associação livre** de palavras. Vejamos o exemplo trazido por Fiorelli e Mangini:

> Caso 2.1 – O ato falho
>
> A vítima compareceu ao plantão policial para reconhecimento do homem que a agrediu e roubou sua bolsa.

---

[13] MIRA Y LOPEZ, Emilio. *Manual de psicologia juridica.* 6. ed. Buenos Aires: El Tenel Editorial, p. 26.

[14] JUNG, Carl G. *O homem e seus símbolos.* 3.ed. Rio de Janeiro: HarperCollins Brasil, 2016, p. 22.

[15] FIORELLI, José Osmir; MANGINI, Rosana Cathya Ragazzoni. *Psicologia juridica.* 8. ed. São Paulo: Atlas, 2017, ebook, posição n. 1008.

> Colocada frente a alguns suspeitos, de pronto identificou determinado sujeito.
>
> Este, entretanto, argumentou para o delegado:
>
> "Como ela pode ter me reconhecido se eu estava de capuz na hora do assalto?"
>
> Confissão de culpa![16]

Denomina-se ato-falho justamente o "escorregão" da fala do exemplo citado acima, que entrega a pessoa. Tal comportamento não ocorre de forma voluntária, sendo uma manifestação do inconsciente, compelido pelo estado emocional dos envolvidos.

A partir dos seus estudos, Freud concebeu o aparelho psíquico humano como algo composto por três grandes elementos, abaixo explicados.

| Id | Ego | Superego |
|---|---|---|
| Consiste no elemento mais primitivo e menos acessível da personalidade, dotado de conteúdos inconscientes que atuam na busca pelo prazer (princípio do prazer).<br>Não reconhece o juízo de valor moral (bem x mal), buscando apenas a satisfação imediata. Tampouco se interessa pela lógica do pensamento. | É o elemento responsável pelo contato entre o psiquismo e a realidade externa. Ele possui componentes conscientes e inconscientes, mas atua sob o *princípio da realidade*, ou seja, possui uma base realista em que já atuante o componente racional e utilitário.<br>É o resultado da interação entre o *id* e o *superego*, buscando a conciliação entre as duas estruturas. | Exerce uma função de controlador ou censor do ego, realizando um papel de autocrítica. Aqui residem elementos morais e idealistas da personalidade, que buscam algo diverso do mero prazer: a perfeição. |

Para mais considerações a respeito da escola psicanalítica, remetemos o leitor ao ponto 1.2 do presente capítulo.

[16] FIORELLI, José Osmir; MANGINI, Rosana Cathya Ragazzoni. Psicologia juridica. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2017, ebook, posição n. 1013.

## 3.2. O pensamento de Carl Gustav Jung

Nascido na pequena comuna suíça de Kesswil, no ano de 1875, CARL GUSTAV JUNG é uma das maiores referências da psicologia no mundo, sendo o fundador da chamada psicologia analítica. Tal escola, também chamada de "psicologia junguiana" ou "psicologia complexa", não se confunde com a escola psicanalítica, iniciada por FREUD, com diferentes concepções a respeito de temas como a libido, o inconsciente, os sonhos, a religião e a relação entre o psicólogo e o paciente.

São muitos os temas cujo desenvolvimento se atribui a JUNG, dentre eles o da **personalidade extrovertida** e **introvertida**, os **arquétipos** e o **inconsciente coletivo.** Sua mais notável contribuição, sem dúvidas, consiste no conceito de inconsciente, que desenvolve a partir de uma perspectiva diversa de FREUD, com quem trocou inúmeras correspondências, publicadas posteriormente.

Enquanto, para FREUD, o inconsciente figurava como um caos ou uma caldeira cheia de pulsões em ebulição – ou seja, um "quarto de despejos" dos desejos reprimidos –, para JUNG, ele representa um infinito mundo à parte, que é tão relevante e real quanto o mundo consciente, sendo ainda mais amplo e mais rico do que se imaginava[17]. JUNG mergulha de forma mais profunda no campo do inconsciente, revelando a sua linguagem (os símbolos) e os meios de comunicação com o consciente (os sonhos). Não por acaso, em sua célebre obra "O Homem e seus Símbolos", é explicado que o estudo da humanidade e de seus símbolos remete, inexoravelmente, ao estudo da relação do homem com seu inconsciente[18]:

Para a psicologia junguiana, o sonho é a mais fidedigna expressão do inconsciente, marcado por uma enorme complexidade[19]. Não se trata de um evento que possa ser "decifrado" por meio de fórmulas

[17] JUNG, Carl G. *O homem e seus símbolos.* 3.ed. Rio de Janeiro: HarperCollins Brasil, 2016, p. 9.

[18] JUNG, Carl G. *O homem e seus símbolos.* 3.ed. Rio de Janeiro: HarperCollins Brasil, 2016, p. 10.

[19] Nesse ponto, é digno de nota a menor importância que **Jung** atribui à técnica da "livre associação" como uma forma de se conhecer o inconsciente. Para ele, cuida-se de um processo que pode se revelar inadequado e ilusório, abrindo-se uma divergência em relação ao pensamento de **Freud.**

gerais e abstratas, mas sim uma expressão pessoal do inconsciente particular de cada um, selecionando símbolos que apresentam especial sentido ao sonhador. A partir dos sonhos, é possível extrair conselhos e orientações impossíveis de serem confrontadas por meio de uma outra manifestação do indivíduo. Dito de uma maneira sintética, tal corrente da psicologia concebe o sonho como um meio de comunicação direto, que utiliza símbolos comuns da humanidade, porém os emprega de modo inteiramente individual, a exigir uma interpretação que considere igualmente aspectos pessoais[20]. Justamente por isso, são deixados de lado processos exclusivamente formais e silogísticos e contato com o inconsciente.

A essência de filosofia de vida de Jung costuma ser assim resumida: "o homem só se torna um ser integrado, tranquilo, fértil e feliz quando (e só então) o seu processo de individuação está realizado, quando o consciente e o inconsciente aprendem a conviver em paz e completando-se um ao outro"[21]. Para que isso ocorra, não se cogita de um processo de análise "típico", mas sim da busca pela comunicação particular e individual dos símbolos que habitam o inconsciente.

E o que se entende por "símbolo", a que se refere Jung? O autor parte da premissa de que, muito embora o ser humano se utilize da palavra escrita ou falada para expressar o que deseja, sua linguagem é também carregada de sinais ou imagens não descritivas. Assim, o símbolo consiste em um nome ou uma imagem, que possui conotações especiais, para além do seu significado evidente e convencional[22]. A título de exemplo, as figuras de animais (como leões, águias e chacais) são comumente utilizadas na arte sacra, voltada ao culto sagrado. Elas se fazem presentes nas mais diversas religiões, manifestando-se ora como os símbolos evangelistas, ora como deuses egípcios. O caráter "simbólico" de uma palavra ou uma imagem está

---

[20] JUNG, Carl G. *O homem e seus símbolos.* 3.ed. Rio de Janeiro: HarperCollins Brasil, 2016, p. 11.

[21] JUNG, Carl G. *O homem e seus símbolos.* 3.ed. Rio de Janeiro: HarperCollins Brasil, 2016, p. 11-12.

[22] JUNG, Carl G. *O homem e seus símbolos.* 3.ed. Rio de Janeiro: HarperCollins Brasil, 2016, p. 18.

presente justamente em tais momentos, quando implicam algo além do seu significado imediato. Justamente por isso, as suas explicações não se revelam tão precisas como gostaríamos.

Questiona-se, então: por que razão a humanidade se utiliza, com frequência, de elementos simbólicos? Para JUNG, isso ocorre justamente "por existirem inúmeras coisas fora do alcance da compreensão humana"[23]. Fora de toda razão descritiva, encontra-se a linguagem simbólica. É por esse motivo que todas as religiões se utilizam de símbolos, por meio de imagens.

A mesma lógica se aplica aos sonhos: aqui, o ser humano também produz símbolos, de forma inconsciente e espontânea, como se explica:

> Além disso, há aspectos inconscientes na nossa percepção da realidade. O primeiro deles é o fato de que, mesmo quando os nossos sentidos reagem a fenômenos reais e sensações visuais e auditivas, tudo isso, de certo modo, é transposto da esfera da realidade para a mente. Dentro da mente esses fenômenos tornam-se acontecimentos psíquicos cuja natureza radical nos é desconhecida (pois a psique não pode conhecer sua própria substância). Assim, toda experiência contém um número indefinido de fatores desconhecidos, sem considerar o fato de que toda realidade concreta sempre tem alguns aspectos que ignoramos, uma vez que não conhecemos a natureza radical da matéria em si[24].

A forma de interação com o inconsciente, na psicologia junguiana, deve partir do que se denomina **imaginação ativa**, uma técnica de interação com os símbolos do inconsciente não através de uma interpretação exclusivamente estática, mas sim um relacionamento direto com eles, explorando-se os sentimentos que os cercam.

Apesar de o contato com o inconsciente não se desenvolver de forma meramente estática, a psicologia junguiana pressupõe o conhecimento de conceitos como o dos **arquétipos**, assim compreendidas as "imagens primordiais" que, embora dinâmicas, integram o **incons-**

---

[23] JUNG, Carl G. *O homem e seus símbolos.* 3.ed. Rio de Janeiro: HarperCollins Brasil, 2016, p. 19.

[24] JUNG, Carl G. *O homem e seus símbolos.* 3.ed. Rio de Janeiro: HarperCollins Brasil, 2016, p. 21-22.

**ciente coletivo**, expondo representações apriorísticas universais que derivam dos tempos mais remotos. Embora existam, muitas vezes, há milênios, os arquétipos necessitam de constante interpretação, por representarem estruturas inabaláveis do inconsciente capazes de mudar de forma.

## 4. PSICOLOGIA JURÍDICA: UMA BREVE HISTÓRIA E O PAPEL DO PSICÓLOGO JURÍDICO

Sem dúvidas, a psicologia jurídica consiste em um dos ramos da psicologia que mais crescem nos últimos tempos, a partir do século XIX. Como registra Liene Martha Leal, em tal momento histórico, os médicos foram chamados pelos juízes da época para desvendarem o "enigma" que certos crimes apresentavam[25]. Em 1868, nasceria a psicologia criminal, com a obra *Psychologie Naturelle*, do médico francês **Prosper Despine**, apresentando estudos de casos de graves crimes cometidos na época.

Posteriormente, em 1875, surgiria a criminologia, tendo como campo de pesquisa os fatores determinantes da criminalidade, bem assim a personalidade e a conduta do delinqüente e a sua ressocialização[26].

Apenas em 1950, nasceria o termo *psicologia jurídica*, pelas mãos de **Mira Y Lopez,** ao publicar o seu Manual de Psicologia Jurídica. Em tal obra, o autor procura discutir o papel da psicologia no campo do Direito e oferecer conhecimentos sobre o comportamento humano que auxiliem os juristas em suas decisões.

Em todo o mundo, é possível observar uma efetiva participação do profissional da psicologia no contexto do judiciário. Cuida-se do *Psicólogo Jurídico*, um profissional distinto, em razão não apenas do contexto em que se encontra, mas também por conta do emprego de uma técnica bastante especializada.

---

[25] LEAL, Liene Martha. *Psicologia jurídica: história, ramificações e áreas de atuação*. Diversa (Parnaíba. Impresso), ano 1, n. 2, p. 171.

[26] LEAL, Liene Martha. *Psicologia jurídica: história, ramificações e áreas de atuação*. Diversa (Parnaíba. Impresso), ano 1, n. 2, p. 173.

A atuação do psicólogo jurídico, para além de intrigante, é demasiadamente complexa.

Como bem ressaltado por Cristiana Jobim Souza, "no âmbito do judiciário e diante da ótica de cada ciência, os conflitos humanos são uma realidade que produz enormes e diferentes questionamentos". Aqui, "a visão do todo pode ficar comprometida, se camuflando por um discurso social e uma incompreensão semântica, em que a verdade dos fatos, juridicamente relevantes, se perde". Como consequência, "erros inferenciais podem ser produzidos e a informação distorcida, acarretando falhas interpretativas da qual ninguém se dá conta, a não ser, claro, a vítima, o autor e o grupo social em que se inserem"[27].

Fazendo um paralelo entre a psicologia e o Direito, citada autora estabelece o seguinte raciocínio em relação ao psicólogo jurídico: em um **contexto judicial**, o objetivo é verificar e determinar, pela linguagem, a ocorrência de determinados fatos, possibilitando a responsabilização, a proteção da sociedade e a garantia de direitos. Em um **contexto clínico**, o psicólogo deve observar os sintomas com o intuito principal de intervir e auxiliar o sujeito a lidar com esses sintomas. No **âmbito social**, o psicólogo ajuda o sujeito a lidar com o ocorrido, orienta e auxilia a utilização dos recursos e meios necessários a esse fim e, atuando na segurança pública, inclui, também, o sistema jurídico[28].

No campo da psicologia jurídica, encontramos interseções múltiplas com o **direito de civil** (em especial o direito de família e o direito juvenil) e o **direito penal** (em especial a vitimologia e a psicologia criminal). Daí se extrai a evidente importância de se conhecerem os aspectos criminógenos, sociais e psíquico-psicológicos que abrangem o sistema de justiça.

---

[27] SOUZA, Cristiana Jobim. *Psicologia jurídica: encontros e desencontros em sua prática.* Disponível em: https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos/2014/psicologia-juridica-encontros-e-desencontros-em-sua-pratica-servidora-cristiana-jobim-souza. Acesso em: 06. nov. 2017.

[28] SOUZA, Cristiana Jobim. *Psicologia jurídica: encontros e desencontros em sua prática.* Disponível em: https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos/2014/psicologia-juridica-encontros-e-desencontros-em-sua-pratica-servidora-cristiana-jobim-souza. Acesso em: 06. nov. 2017.

No campo do direito de família, "são reconhecidas as contribuições da psicologia jurídica, propiciando maior compreensão da personalidade dos atores envolvidos, do desenvolvimento da dinâmica familiar e social, dos novos contornos e arranjos familiares – que nem sempre têm como referência a família nuclear e tradicional"[29].

Ainda no âmbito do **direito civil**, as contribuições do psicólogo jurídico passam por diversos temas, a exemplo dos seguintes: **a)** perícia psicológica; **b)** assistência técnica; **c)** casamento e divórcio; **d)** adoção e reconhecimento de paternidade; **e)** interdição; **f)** perda do poder familiar. Todos os campos citados envolvem, de alguma forma, fatores emocionais dentre outros aspectos psicológicos relevantes para que se profira uma decisão justa. É o que explica **Cristiana Jobim Souza:**

> As demandas judiciais das Varas de Família é outro domínio em que a psicologia se faz presente e exerce forte influência na proteção judicial dos menores. Levando o magistrado a buscar, junto à Psicologia, um trabalho técnico, seguro, capaz de embasar as decisões, resguardando os direitos das crianças e adolescentes em questões de regulamentação de visitas e guarda familiar (TRINDADE, 2002). Em matéria civil, a comprovação dos fatos alegados é pressuposto da ação, e a partir dele é que se pode apurar responsabilidades, que no caso independe de culpa. (artigo 333, 342, 348, 400 e seguintes).
>
> Visando punir e prevenir a violência doméstica contra a mulher, surge a lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha). E, no mesmo ano, a Lei 11.343/06, que prevê projetos educacionais para redução do dano ao usuário de drogas ilícitas. Essas duas leis proporcionam um espaço terapêutico ao psicólogo jurídico. Espaço que não afasta a especialização, nem o enfoque legal, mas possibilita um espaço diferenciado de atuação no sistema judiciário[30].

Já no campo do **direito penal**, a psicologia jurídica deita os olhos sobre as razões ocultas que levaram determinada pessoa a um comportamento tido como não desejado pela legislação. Há aqui

---

[29] FIORELLI, José Osmir; MANGINI, Rosana Cathya Ragazzoni. *Psicologia juridica.* 8. ed. São Paulo: Atlas, 2017, ebook, posição n. 5451.

[30] SOUZA, Cristiana Jobim. *Psicologia jurídica: encontros e desencontros em sua prática.* Disponível em: https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos/2014/psicologia--juridica-encontros-e-desencontros-em-sua-pratica-servidora-cristiana-jobim-souza. Acesso em: 06. nov. 2017.

um paralelo inevitável com a **criminologia** (a investigar a figura do infrator e as instituições que fazem parte do controle social do comportamento delitivo), assim como a **vitimologia**, que se ocupa das consequências que o crime produz sobre as vítimas, sobrelevando-se o papel da perícia psicológica.

## 5. PSICOLOGIA E COMUNICAÇÃO: RELACIONAMENTO INTERPESSOAL, RELACIONAMENTO DO MAGISTRADO COM A SOCIEDADE E A MÍDIA

### 5.1. Aspectos gerais sobre psicologia e comunicação

De acordo com o conceito fornecido pela *American Psychological Association*, a psicologia é a ciência que tem por objeto o estudo das funções mentais e do comportamento. Cuida-se de um ramo do conhecimento bastante amplo, de modo a abranger todos os aspectos da experiência humana – desde as funções cerebrais até os atos políticos globais; desde a infância até o fim da vida[31].

Os seus profissionais – psicólogos – ocupam-se primordialmente do comportamento humano.

Assim sendo, existe uma profunda conexão entre a psicologia e a comunicação. O comportamento humano não existe forma isolada, mas sempre num contexto interpessoal (afinal, o ser humano é um "animal social", na ótica aristotélica). Interpessoalidade pressupõe comunicação e comunicação pressupõe linguagem. Ainda que se concebesse a existência de um único ser humano, de forma isolada, sua forma de pensar somente existiria por meio da linguagem.

É a linguagem uma das principais marcas dos seres pensantes – não apenas o ser humano –, por menos complexa que ela possa parecer em uma primeira análise. A organização das ideias, o apren-

[31] "Psychology is the study of the mind and behavior. The discipline embraces all aspects of the human experience — from the functions of the brain to the actions of nations, from child development to care for the aged. In every conceivable setting from scientific research centers to mental healthcare services, 'the understanding of behavior' is the enterprise of psychologists". Associação Americana de Psicologia. Disponível em: http://www.apa.org/support/about-apa.aspx?item=7. Acesso em: 29 dez. 2016.

dizado (por mais mecânico que seja) e o funcionamento da memória são elementos que dependem diretamente da linguagem e, portanto, da comunicação.

Sendo a comunicação algo que deriva das funções mentais e do comportamento, também pode ser compreendida através da psicologia. Não apenas a psicologia moderna, mas também a sociologia e a filosofia foram responsáveis por uma drástica ruptura de paradigma ocorrida, em especial, no século XIX. Autores como Sigmund Freud, Karl Marx e Friedrich Nietzsche, denominados ***iconoclastas***, foram responsáveis, cada um em seu campo, por demonstrar que *"aquilo que você vê no mundo da vida (as instituições, os discursos, as falas, o conhecimento, a educação, a mídia) não se explica por si só. A explicação de tudo isso está numa espécie de subterrâneo. É preciso escavar, fazer uma espécie de arqueologia das causas"*[32].

Não é por acaso que a Resolução n. 75/2009 do CNJ exige uma compreensão mínima das relações entre psicologia e comunicação. O juiz, no exercício de suas atividades funcionais, embora exerça uma relevante parcela do poder do Estado, é um ser humano ("humano, demasiadamente humano", na feliz expressão de Nietzsche). É um ser que, como qualquer outro, traz, em seu comportamento, elementos da sua história (classe social, ideologia, experiências familiares, frustrações, desilusões, preconceitos etc.). Assim sendo, também sua comunicação (que se dá essencialmente na fundamentação de suas decisões, mas não somente) está sujeita às influências das suas compreensões prévias. Embora não seja possível isolar o comportamento humano das suas experiências históricas, é possível estimular a constante reflexão e autocrítica, de modo a permitir uma atuação mais responsável e aberta à noção de alteridade.

## 5.2. Relacionamento interpessoal

A expressão "relacionamento interpessoal" não é apenas objeto de atenção da psicologia, mas também da sociologia, antropologia

---

[32] Cf. BARROS FILHO, Clóvis de. *Por que ler Marx?* Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=m93ihi0DIgE&t=85s. Acesso em: 29 dez. 2016.

etc. Ela significa, em síntese, a relação entre duas ou mais pessoas, nos mais variados âmbitos (laboral, familiar, comunitário etc.).

No âmbito da sociologia, o relacionamento interpessoal é analisado como uma relação social (externa), investigando-se as normas sociais e morais que influenciam a interação entre seres humanos. No âmbito da psicologia, por sua vez, são enfocadas as questões subjacentes (internas) ao comportamento humano, em especial o inconsciente.

Uma das marcas dos relacionamentos interpessoais é a **conflituosidade**, o que deriva das particularidades da vida de cada um de nós. Embora muitas vezes entendido como um ser extremamente racional, o ser humano é também marcado pela sua irracionalidade, pelo comportamento contraditório e emocional. Tal constatação é frequentemente abordada pela arte e pode ser encontrada em uma notável frase do comediante Grouxo Marx: "Eu nunca faria parte de um clube que me aceitasse como sócio".

Não apenas a irracionalidade humana é fonte de conflitos, mas também a concorrência de interesses sobre um mesmo objeto e a dificuldade em realizar renúncias são fatores que levam à conflituosidade.

Como ressaltam Jorge Trindade, Elise Karam Trindade e Fernanda Molinari, o relacionamento humano está sujeito a dissonâncias, e a comunicação pode vir contaminada por diversas formas de ruído. Além disso, "toda mudança se depara com resistências e gera conflitos, na medida em que o novo é fonte de insegurança ao mesmo tempo em que promove esperança"[33].

Segundo os citados autores, uma forma de analisar a noção de mudança pode ser feita pela **perspectiva psicanalítica**, que está "baseada na dinâmica inconsciente do funcionamento social (Princípio do Determinismo do Inconsciente). A mudança seria o resultado de uma luta permanente entre as forças da pulsão de vida (Eros) e da pulsão de morte (Tanatos)"[34].

[33] TRINDADE, Jorge; TRINDADE, Elise Karam; MOLINARI, Fernanda. *Psicologia Judiciária – para a Carreira da Magistratura*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 24.

[34] TRINDADE, Jorge; TRINDADE, Elise Karam; MOLINARI, Fernanda. *Psicologia Judiciária – para a Carreira da Magistratura*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 24.

No âmbito das carreiras profissionais, é comum que as mudanças sejam associadas a situações de profundo estresse e ansiedade, decorrentes sobretudo da necessidade de sucesso e do sentimento de controle. Como forma de proteção contra os fatos da vida que levam ao sofrimento psicológico, a mente humana é capaz de desenvolver diversos mecanismos de defesa, tais como:

a) **Somatização** – Consiste em sintomas físicos oriundos da transferência de sentimentos que causam sofrimento psicológico (ex.: taquicardia, erupções na pele etc.);

b) **Negação** – Cuida-se da negação da realidade, por ser dolosa à mente;

c) **Repressão** – Consiste no ato de reprimir mentalmente – e tentar afastar da consciência – sentimentos indesejados pelo ego;

d) **Racionalização** – Forma de explicar a realidade dolorosa por meio da razão, de modo a tentar afastar o sofrimento causado;

e) **Formação reativa** – Trata-se de uma forma de defesa consistente em transformar o desejo reprimido em seu oposto.

Como modo de manter uma boa saúde física e mental, e exercer adequadamente as suas funções, espera-se de qualquer magistrado que desenvolva, dentre outras, características como a **autocrítica, humildade, alteridade, controle emocional, serenidade, gentileza, compromisso, simplicidade e superação de preconceitos.**

Infelizmente, muitos candidatos a concursos públicos idealizam as funções que exercerão no futuro e, não raramente, se interessam apenas pelo ***status*** e estabilidade financeira do cargo. Desconhecem, assim, que o exercício da magistratura demanda uma enorme estabilidade emocional e é capaz de causar uma alta carga de estresse. Uma marca da magistratura consiste justamente no excesso de trabalho e na necessidade de desenvolver uma boa gestão, com amplo contato interpessoal. São diversas as **pressões** a que estão sujeitos os juízes, de origem **externa** (fora ou dentro do ambiente de trabalho) e **interna** (com origem em fatores psicológicos).

Não por acaso, é bastante comum a chamada **Síndrome de *Burnout***, "que pode acometer a pessoa que trabalha sob intensa pressão, com elevadas cobranças internas e externas, e com expectativas altamente idealizadas. A Síndrome de *Burnout* refere-se ao desgaste profissional e consiste num grave estado de esgotamento pessoal, físico e mental, decorrente de uma rotina de trabalho exigente e estressante"[35]. Dentre os seus sintomas, é possível destacar: cansaço físico constante, hipertensão, insônia, dor de cabeça e na coluna, tristeza, depressão, perda de motivação, ansiedade, agressividade, dificuldade de concentração, irritação etc.

## 5.3. Relacionamento do magistrado com a sociedade e a mídia

Bem firmadas as premissas a respeito das relações interpessoais, torna-se necessário o aprofundamento a respeito das relações estabelecidas pelo magistrado com a sociedade e, de forma mais específica, com a mídia.

Não é preciso muito esforço para perceber que o magistrado, como agente político (embora não eleito), se encontra em contato constante com os mais variados grupos de pessoas, fora e dentro do exercício de suas atividades funcionais. No que concerne às relações externas, é possível citar o seu **núcleo familiar, de amigos e também de colegas da magistratura.** Por seu turno, no exercício da magistratura, é permanente o contato com **membros do Ministério Público, advogados, defensores públicos, serventuários e jurisdicionados.** Em qualquer caso (fora ou dentro do trabalho), o juiz deve ter um comportamento que leve em consideração a sua função pública, que exige a maior imparcialidade possível, sem comprometimento de sua independência.

A título de exemplo, não nos parece adequada a conduta de juízes que comparecem, com frequência, a eventos particulares promovidos nas residências de agentes políticos como parlamentares e

[35] TRINDADE, Jorge; TRINDADE, Elise Karam; MOLINARI, Fernanda. *Psicologia Judiciária – para a Carreira da Magistratura*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 29.

gestores públicos. Basta imaginar a situação de um juiz de Direito que frequenta festas promovidas pelo prefeito de sua comarca. Tal comportamento, ainda que concretamente não afete em nada suas funções, compromete claramente a sua imagem, acarretando danos à credibilidade do Judiciário como um todo. É necessário, portanto, que o magistrado saiba **renunciar** alguns aspectos de sua vida particular, evitando a presença em determinados círculos de pessoas.

Tal renúncia envolve não apenas a proximidade com determinadas pessoas (notadamente réus e agentes políticos eletivos em geral), mas também a necessidade de se estabelecer uma **conduta irrepreensível, no âmbito particular e público.** É de se esperar que um representante direto do Poder Judiciário tenha uma conduta alinhada à seriedade do órgão.

Outrossim, deve o magistrado, em qualquer ambiente, tratar sempre **com urbanidade** as pessoas, imbuído de **espírito republicano.** Ser um juiz é sobretudo servir à sociedade com independência.

As relações do juiz com a **sociedade** exigem, assim, a observância de uma série de valores, tais como a urbanidade, respeito, conduta irrepreensível (no âmbito particular e público), serenidade, independência etc.

Da mesma forma, as suas relações com **a mídia** demandam uma série de cuidados. Indubitavelmente, os meios de comunicação de massa são um grande difusor de informações, catalisando a formação da opinião pública. Ao se comunicar com a mídia, o magistrado deve, portanto, se cercar de muita cautela. No passado, dizia-se que o juiz não deveria, em hipótese alguma, dialogar com os meios de comunicação em massa. Com o passar do tempo, perdeu força esse isolacionismo, de modo que o contato com a mídia passou a ser visto como **uma forma de prestação de contas à sociedade**, algo inerente ao sistema republicano.

Tal contato exige, dentre outras, as seguintes cautelas:

**a)** O juiz deve ter **clareza** ao passar as informações, de modo a evitar (ou ao menos minimizar) ruídos de comunicação, bem como a manipulação indevida de expressões ambíguas ou demasiadamente vagas;

b) A relação do magistrado com a mídia **deve ser centrada em aspectos informativos**, sem qualquer pretensão de manipular a opinião pública em favor de determinada orientação política ou determinada decisão judicial;

c) Devem ser **evitados comentários a respeito de processos em curso**, em especial pendentes de julgamento pelo próprio magistrado, valendo-se aqui a máxima de que "o juiz fala nos autos", evitando-se o comprometimento de sua imparcialidade e o adiantamento de suas decisões;

d) Deve ser **evitado, a qualquer custo, o adiantamento de decisões** sobre casos que possivelmente virão a ser julgados pelo magistrado, o que pode vir a consubstanciar o favorecimento a uma das partes, bem como o comprometimento da sua imparcialidade;

e) O juiz deve ter **noção a respeito das consequências de sua manifestação**, seus impactos sobre a sociedade e sobre os fenômenos de ordem política;

f) As relações com a mídia não devem, sob hipótese alguma, servir como meio de **promoção pessoal e estímulo à vaidade** do magistrado, que deve sempre estar atento à finalidade pública/republicana de suas declarações. Não havendo tal utilidade – mas apenas autopromoção –, deve ser evitada a manifestação.

## 6. PROBLEMAS ATUAIS DA PSICOLOGIA COM REFLEXOS NO DIREITO: ASSÉDIO MORAL E ASSÉDIO SEXUAL

Não são poucos os problemas atuais da psicologia com reflexos no direito. Em especial após o final do século XIX, uma vasta gama de interseções entre os dois ramos do conhecimento começou a ser explorada, nascendo a chamada **psicologia judiciária**. Tal campo da psicologia tem por objeto justamente os comportamentos humanos com especial relevância para o campo jurídico, em especial as relações processuais em curso.

Dentre os problemas atuais da psicologia com reflexo no direito, merecem destaque o **assédio moral** e o **assédio sexual**, que

possuem íntima relação com o ambiente de trabalho (embora não exclusivamente), tendo sido objeto de diversos estudos. Para fins de concursos públicos, o principal objetivo consiste em uma precisa definição de ambos os fenômenos, de modo que possam ser facilmente reconhecidos e diferenciados. Nesse sentido, dispõe a cartilha do Ministério do Trabalho e Emprego:

> Assédio moral e sexual nas relações de trabalho ocorre frequentemente, tanto na iniciativa privada quanto nas instituições públicas. A prática desse crime efetivamente fortalece a discriminação no trabalho, a manutenção da degradação das relações de trabalho e a exclusão social.
>
> O assédio moral e sexual no trabalho caracteriza-se pela exposição dos trabalhadores a situações humilhantes e constrangedoras, repetitivas e prolongadas durante a jornada de trabalho e relativas ao exercício de suas funções.
>
> Tais práticas evidenciam-se em relações hierárquicas autoritárias, em que predominam condutas negativas, relações desumanas e antiéticas de longa duração, de um ou mais chefes, dirigidas a um ou mais subordinados, entre colegas e, excepcionalmente, na modalidade ascendente (subordinado x chefe), desestabilizando a relação da vítima[36].

Com efeito, conforme assimilado pela jurisprudência nacional, o **assédio moral** "pode ser definido no local de trabalho como **conduta abusiva**, de **natureza psicológica**, exercida por uma ou mais pessoas sobre um colega, **subordinado ou não**, que **atenta contra a dignidade psíquica** deste, de forma **reiterada**, com o **objetivo de comprometer seu equilíbrio emocional**"[37].

Tal conduta é considerada ilícita, sujeitando-se ao dever de indenizar. Normalmente, a conduta envolve a "intimidação na execução do trabalho, o qual ocorre quando se verifica atitudes inadequadas à real condição laborativa do empregado que precisa se reabilitar para

---

[36] *Assédio moral e sexual no trabalho*. Brasília: MTE, ASCOM, 2009. Disponível em: http://trabalho.gov.br/publicacoes-do-trabalho/trabalho/outros-assuntos-estudos/item/271--cartilha-assedio-moral-e-sexual-no-trabalho. Acesso em: 30 dez. 2016.

[37] TRT3, 7ª T, RO 2053408 01361-2007-134-03-00-7, Rel. Des. Paulo Roberto de Castro, publicado em 04/12/2008.

o trabalho, cujo efeito é prejudicar a atuação da vítima, por criar uma situação que lhe é hostil"[38].

A literatura especializada é unânime em reconhecer o assédio moral como uma forma antiga de coação social, muito embora seu estudo seja relativamente recente, com destaque para as pesquisas de MARIE-FRANCE HIRIGOYEN, publicadas no ano de 1998. A prática se intensificou bastante com o fenômeno da globalização e as mudanças promovidas no cenário empresarial das últimas décadas, que imprime maior competitividade nas relações laborais.

O tema é didaticamente explicado pela cartilha do Ministério do Trabalho e Emprego, que traz um **conceito** detalhado: "trata-se da exposição de trabalhadoras e trabalhadores a situações vexatórias, constrangedoras e humilhantes durante o exercício de sua função. É o que chamamos de violência moral. Esses atos visam humilhar, desqualificar e desestabilizar emocionalmente a relação da vítima com a organização e o ambiente de trabalho, o que põe em risco a saúde, a própria vida da vítima e seu emprego"[39].

No que diz respeito às suas **consequências**, "a violência moral ocasiona desordens emocionais, atinge a dignidade e identidade da pessoa humana, altera valores, causa danos psíquicos (mentais), interfere negativamente na saúde, na qualidade de vida e pode até levar à morte"[40]. Assim sendo, a prática conduz à **fragilização da vítima**, com a **neutralização do seu poder.**

O **processo de escolha da vítima** também é digno de atenção, cabendo ressaltar que "a vítima escolhida é isolada do grupo, sem explicações. Passa a ser hostilizada, ridicularizada e desacreditada no seu local de trabalho. É comum os colegas romperem os laços afetivos com a vítima e reproduzirem as ações e os atos do(a) agressor(a) no

---

[38] TRT3, 7ª T, RO 2053408 01361-2007-134-03-00-7, Rel. Des. Paulo Roberto de Castro, publicado em 04/12/2008.

[39] *Assédio moral e sexual no trabalho*. Brasília: MTE, ASCOM, 2009. Disponível em: http://trabalho.gov.br/publicacoes-do-trabalho/trabalho/outros-assuntos-estudos/item/271-cartilha-assedio-moral-e-sexual-no-trabalho. Acesso em: 30 dez. 2016.

[40] *Assédio moral e sexual no trabalho*. Brasília: MTE, ASCOM, 2009. Disponível em: http://trabalho.gov.br/publicacoes-do-trabalho/trabalho/outros-assuntos-estudos/item/271-cartilha-assedio-moral-e-sexual-no-trabalho. Acesso em: 30 dez. 2016.

ambiente de trabalho. O medo do desemprego, e a vergonha de virem a ser humilhados, associados ao estímulo constante da concorrência profissional, os tornam coniventes com a conduta do assediador"[41].

Uma das marcas do assédio moral reside na **reiteração da coação**, bem como na **intenção do assediador** em relação à sua prática. Assim sendo, um evento isolado não é capaz de configurar assédio moral. As práticas podem ter diversas **motivações**, tais como o **medo, a inveja, sede de poder, preconceito, motivações religiosas etc.**

No que diz respeito às formas de sua realização, merecem destaques os exemplos trazidos por Trindade e Molinari: **recusar comunicação direta ao assediado, desqualificação do assediado, descreditar o assediado, isolar ou constranger o assediado, provocar equívoco** etc[42]. Tais práticas **não exigem a sujeição hierárquica da vítima ao agressor,** embora essa seja a forma mais comum.

Lamentavelmente, a grande maioria das vítimas no Brasil é composta por mulheres negras, também sendo comum a prática de assédio moral contra pessoas idosas, portadores de necessidades especiais e homossexuais. Tal constatação revela a sua relação direta com as mais variadas formas de preconceito.

Por sua vez, o **assédio sexual** consiste em uma prática criminosa, tipificada no art. 216-A do Código Penal:

> Assédio sexual (Incluído pela Lei nº 10.224, de 15 de 2001)
>
> Art. 216-A. Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função. (Incluído pela Lei nº 10.224, de 15 de 2001)
>
> Pena – detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos. (Incluído pela Lei nº 10.224, de 15 de 2001)
>
> § 2º A pena é aumentada em até um terço se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

---

[41] *Assédio moral e sexual no trabalho*. Brasília: MTE, ASCOM, 2009. Disponível em: http://trabalho.gov.br/publicacoes-do-trabalho/trabalho/outros-assuntos-estudos/item/271-cartilha-assedio-moral-e-sexual-no-trabalho. Acesso em: 30 dez. 2016.

[42] TRINDADE, Jorge; TRINDADE, Elise Karam; MOLINARI, Fernanda. *Psicologia Judiciária – para a Carreira da Magistratura*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 29.

Cuida-se também de uma forma de coação social bastante antiga, concebida por autos autores como uma forma específica de assédio moral, já que, igualmente, ataca a dignidade da vítima.

Muito embora a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará, 1995 – CEDAW) trate o assédio sexual no trabalho como uma das formas de violência contra a mulher, é pacífico que tal prática pode ocorrer **entre pessoas do mesmo sexo**, bem como de agressoras mulheres contra vítimas do sexo masculino.

Diferentemente de um mero convite, o assédio sexual se configura a partir de um **constrangimento** que parte de um **agressor com superioridade hierárquica**, impondo à vítima uma **prática de natureza sexual** e **contrária à sua vontade**. O assédio pode ocorrer de forma **explícita ou implícita** e geralmente se configura a partir de comentários constrangedores, propostas íntimas, contatos físicos, elogios ostensivos etc.

A prática mais comum é aquela constante na cartilha do Ministério do Trabalho e Emprego: "assédio sexual no ambiente de trabalho consiste em constranger colegas por meio de cantadas e insinuações constantes com o objetivo de obter vantagens ou favorecimento sexual"[43].

Para fins de provas de concursos públicos, é crucial saber diferenciar as práticas de **assédio moral** e **assédio sexual**, conforme esquematizado no quadro abaixo:

| Assédio moral | Assédio sexual |
|---|---|
| Exige uma conduta reiterada. | Pode ocorrer a partir de uma única conduta. |
| Não exige relação de hierarquia entre agressor e vítima. | Exige superioridade hierárquica do agressor. |
| Não envolve qualquer tipo de oferta de vantagem à vítima. | Normalmente é associado à chantagem e a um suposto benefício do agressor à vítima. |
| Objetiva a neutralização da vítima. | Objetiva o domínio sobre o corpo da vítima. |

43 *Assédio moral e sexual no trabalho*. Brasília: MTE, ASCOM, 2009. Disponível em: http://trabalho.gov.br/publicacoes-do-trabalho/trabalho/outros-assuntos-estudos/item/271--cartilha-assedio-moral-e-sexual-no-trabalho. Acesso em: 30 dez. 2016.

# 7. TEORIA DO CONFLITO E OS MECANISMOS AUTOCOMPOSITIVOS

## 7.1. Introdução à teoria do conflito social

Existem variadas teorias que buscam explicar as mais diversas formas de conflitos sociais. É possível analisá-los sob uma perspectiva sociológica, psicológica, antropológica etc.

Juridicamente, costuma-se afirmar que os conflitos sociais surgem da soma de dois fatores: **a) os variados interesses das pessoas, que não possuem limitação quantitativa; b) a existência de bens jurídicos limitados em quantidade**. É dizer, as pessoas depositam suas pretensões nos mais variados bens, havendo, não raramente, interesses colidentes (eis que ilimitados) sobre uma mesma coisa. Como se não bastasse, o Direito é um produto da cultura humana dotado de imprecisão, de modo que, muitas vezes, duas pessoas em conflito se acham igualmente titulares de direitos.

No campo da psicologia, por seu turno, em especial no campo da psicanálise, **os conflitos sociais consistem na exteriorização de conflitos internos**, que se originam no inconsciente da mente humana (um conflito entre o *id* e o *ego*). Em termos mais simples, os conflitos no seio social (ou seja, no mundo exterior) nascem a partir de conflitos intrapsíquicos, em especial a partir de desejos e instintos reprimidos com as proibições assimiladas pela mente.

Diferentemente do que compreendiam autores da sociologia clássica – tais como Marx[44] e Durkheim[45] –, a sociologia contemporânea concebe o conflito social como "uma forma de socialização"[46]. Partindo das construções teóricas de Georg Simmel[47], entende Lewis Coser que nenhum grupo pode ser inteiramente harmonioso, pois

---

44 MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Manifesto comunista.* Trad. Álvaro Pina. São Paulo: Boitempo, 2005.

45 DURKHEIM, Émile. *Da divisão social do trabalho.* Trad. Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

46 Coser, Lewis. *The Functions of Social Conflict*. New York: The Free Press, 1956, p. 31.

47 SIMMEL, Georg, O conflito como sociação. Tradução de Mauro Guilherme Pinheiro Koury). *Revista Brasileira de Sociologia da Emoção*, v. 10, n. 30, p. 568-573. Disponível em: http://www.cchla.ufpb.br/rbse/SimmelTrad.pdf. Acesso em 17 nov. 2018.

então careceria de processo e estrutura. A formação de grupos é um resultado tanto da associação quanto da dissociação, de modo que tanto o conflito quanto a cooperação servem a uma função social. Assim, a existência de conflitos em alguma medida é um elemento essencial na formação de grupos.

O conflito também exerce um papel importante ao estabelecer limites entre os grupos, fortalecendo a sua consciência e a consciência da separação dos outros grupos. Os antagonismos recíprocos entre eles preservam as divisões sociais e os sistemas de estratificação. Desse modo, as "repulsões" conflitivas tanto estabelecem uma identidade mais ou menos precisa a respeito os vários grupos dentro de um mesmo sistema, como também ajudam a manter a sociedade como um todo: o "sistema social geral"[48].

Há, pois, conflitos entre grupos, bem como conflitos internos em cada um deles, notadamente nos casos em que as pretensões coletivas derivam de situações de fato contingentes[49].

Um bom exemplo da função social do conflito a que aludem Simmel e Closer pode ser observado a partir da interação entre diferentes agentes que pertencem a um mesmo grupo econômico. No Brasil, não raramente, a Federação Brasileira dos Bancos (FEBRABAN), associação que congrega instituições financeiras bancárias[50], exerce a função de legitimado coletivo – como lhe faculta o art. 5º, V, da Lei n. 7.347/1985 –, muito embora os seus integrantes interajam socialmente em regime de concorrência, com interesses contrapostos.

É o que explica Simmel, descrevendo as funções da "discórdia" ou "oposição" no seio de grupos sociais:

---

[48] Imagine-se o conflito existente entre as castas indianas, o que ajuda a estabelecer a distinção entre os vários grupos, assegurando a estabilidade da estrutura social geral. O conflito desempenha relevante papel ao separar o grupo dos "outsiders", diferenciando nações, grupos étnicos e partidos políticos, por exemplo.

[49] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos:* conceito e legitimação para agir. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 93.

[50] O estatuto social da Federação Brasileira de Bancos (FEBRABAN) pode ser consultado em: <https://cmsportal.febraban.org.br/Arquivos/documentos/PDF/ESTATUTO%20FEBRABAN_fev2011.pdf>.

> Esta imprecisão é aumentada pelo duplo significado correspondente da "discórdia" ou "oposição". Uma vez que a discórdia desdobra seu caráter negativo e destrutivo entre os indivíduos em particular, ingenuamente se conclui que ela deve ter o mesmo efeito sobre o grupo total. Na realidade, porém, algo que é negativo e prejudicial entre os indivíduos, se for considerado isoladamente e com objetivo particular, não tem necessariamente o mesmo efeito na relação total desses indivíduos. Pois, um quadro muito diferente emerge quando se vê o conflito em conjunto com outras interações não afetadas por ele. Os elementos negativos e dualistas desempenham um papel inteiramente positivo nesse quadro mais abrangente, apesar da destruição que pode desenvolver sobre as relações particulares. Tudo isso é muito óbvio na competição de indivíduos no interior de uma unidade econômica[51].

Bem firmadas tais premissas, fica demonstrado que as coletividades podem ser concebidas como entidades diversas dos seus integrantes. E mais: os interesses coletivos podem ser compreendidos como algo substancialmente diverso da mera soma dos interesses individuais[52].

Justamente pelo fato de os conflitos interpessoais remontarem aos conflitos internos, é necessário um amplo conhecimento de técnicas de solução conciliada, de modo a se conseguir, de forma efetiva e eficiente, a pacificação social.

## 7.2. Procedimentos, técnicas, posturas, condutas e mecanismos aptos a obter a solução alternativa dos conflitos

As diversas formas de solução alternativa de conflitos já foram abordadas no primeiro capítulo. Cumpre-nos aqui desenvolver melhor as principais técnicas para a solução do conflito de forma alternativa, voltadas ao campo da psicologia.

---

[51] SIMMEL, Georg, O conflito como sociação. Tradução de Mauro Guilherme Pinheiro Koury). *Revista Brasileira de Sociologia da Emoção*, v. 10, n. 30, p. 573. Disponível em: http://www.cchla.ufpb.br/rbse/SimmelTrad.pdf. Acesso em 17 nov. 2018.

[52] "I was demonstrated the collective entities could be said do exist independently of their individual members. [...] Furthermore, it was shown that one might legitimately endorse the concept of collective interests as something substantially different from the aggregate sum of individual interests" (Jovanović, Miodrag A. *Collective Rights:* a Legal Theory. Cambridge: Cambridge Press, 2012, p. 56).

A **primeira técnica** a ser adotada na solução alternativa de conflitos (seja na conciliação, na mediação ou na negociação) consiste na **introdução da alteridade**. Em termos mais simples, trata-se de se colocar no papel da parte contrária. Isso pode ser estimulado pelo conciliador, pelo mediador ou pelas próprias partes, em negociação. A ideia aqui é reduzir a carga do conflito, de modo a fazer com que as partes reflitam sobre aquilo que consideram justo, afastando-se de posturas puramente egoístas. Para que isso ocorra, é importante que a pretensão de cada parte esteja bem delimitada, bem como as suas razões.

Em seguida, autores como TRINDADE e MOLINARI[53], na linha de LEONARD RISKIN, recomendam a adoção das seguintes **posturas**, que podem ser conduzidas pelas próprias **partes** (na negociação), pelo **mediador** ou pelo **conciliador**:

a) **Avaliação das propostas fortes e fracas de cada um (abordagem avaliadora restrita)** – É importante que os envolvidos saibam quais argumentos seus são fortes ou fracos, de modo a se fazer uma projeção do sucesso que poderia ser alcançado numa eventual demanda judicial;

b) **Avaliar os interesses subjacentes das partes (abordagem avaliadora ampla)** – É importante que as partes envolvidas saibam quais são os interesses secundários envolvidos, conhecendo as causas ocultas do conflito, o que conduz a um estímulo à aceitação mútua das propostas das partes, além de facilitar o seu oferecimento;

c) **Educar as partes sobre as consequências de uma solução mal feita (abordagem facilitadora restrita)** – É importante que os envolvidos saibam como deve se desenvolver o procedimento de solução alternativa de conflitos, bem como as consequências de um processo malsucedido;

---

[53] TRINDADE, Jorge; TRINDADE, Elise Karam; MOLINARI, Fernanda. *Psicologia Judiciária – para a Carreira da Magistratura.* 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 80.

d) **Ajudar as partes a desenvolver e escolher suas próprias soluções (abordagem facilitadora ampla)** – É importante que as partes definam a matéria de sua mediação, conciliação ou negociação, sendo estimuladas a produzir, cooperativamente, possíveis soluções. Afinal, a melhor solução para um caso é aquela conduzida pelas partes, em situação de igualdade e serenidade.

Outros autores costumam trazer um rol diverso de **posturas** a serem adotadas pelo terceiro nos processos autocompositivos, o que torna o tema em questão excessivamente impreciso para ser cobrado em concursos públicos. Apesar da ausência de referenciais objetivos, o assunto tem sido cobrado em provas, atentando-se os examinadores para a impossibilidade de padronização das respostas, exigindo-se dos candidatos um conhecimento "flexível" do tema. A título de exemplo, no padrão de resposta do concurso para Juiz do Distrito Federal e Territórios do ano de 2013, foram exigidas dos candidatos as seguintes informações a respeito da mediação, também aplicáveis às outras técnicas autocompositivas, que merecem ser estudadas:

> Técnicas e posturas que devem ser usadas para facilitar a **mediação**: **a) condução ativa da entrevista**: as interações verbais devem ser guiadas pelo mediador, com perguntas realizadas a fim de captar o estado emocional dos envolvidos, bem como para extrair as questões que constituem o cerne do conflito; **b) estabelecimento de rapport**: palavra francesa que designa uma relação de empatia com o interlocutor – estabelecimento de uma relação de confiança. O mediador deve inspirar uma empatia, um respeito pelas partes, o que não se confunde com amizade ou intimidade, até porque impera o dever de imparcialidade no procedimento; **c) adequação comunicacional**: ciente da singularidade de cada parte, o mediador deve adequar sua comunicação verbal e não verbal a fim de fazer com que as partes dialoguem. Para isso, é função do mediador observar detalhes importantes, como o nível sociocultural, econômico, grau de escolaridade, aspectos culturais, regionais, enfim, tudo o que possa ser útil para propiciar as interações que possam levar a um acordo; **d) gerenciamento de emoções**: é natural que os envolvidos em uma mediação não estejam em estado emocional confortável. É comum o aparecimento de frustrações, angústias, raiva, principalmente se o conflito for de natureza familiar. Por isso, cabe ao mediador gerenciar eventual agressividade e conduzir a mediação para canalizar emoções de forma positiva.

A **solução para o conflito** pode ser ainda construída a partir de algumas condutas ou procedimentos: **a) gerenciamento da comunicação verbal e não verbal**: a comunicação é elemento essencial na formação do acordo. A escolha dos atos e das palavras guiará o êxito da solução; **b) escuta dinâmica** (ouvir ativamente as partes): escutar e entender o que está sendo dito, sem se deixar influenciar pelos pensamentos judicantes ou que contenham juízo de valor. Seleção cuidadosa das informações fornecidas pelas partes, pois em condições emocionais podem sofrer significativa alteração de sentido **c) técnica de interrogação**: a maneira como se pergunta é uma forma de determinar o fluxo de informações e as interações entre os envolvidos no conflito; **d) sumário**: sintetizar o que foi exposto pela parte oportuniza confirmação das declarações prestadas, bem como eventual retificação ou complementação de algum dado; e) isolamento dos envolvidos: dado o grau de animosidade inicial, nem sempre é possível estabelecer o imediato diálogo entre as partes. Por isso, recomenda-se a utilização de sessões individualizadas para conseguir obter os dados que as partes possam fornecer, além de prepará-las para um acordo; **f) divisão do problem**a (fracionamento das questões): o conflito pode se apresentar de maneira bastante complexa. Se assim ocorrer, convém que o problema seja seccionado em questões menores, a fim de facilitar a resolução do litígio[54].

Especificamente na **negociação**, em que não há a figura de um terceiro imparcial, é de suma importância que as partes adotem **movimentos de esclarecimento** (que objetivam explicar e descrever suas posições), **movimentos de relaxamento** (que objetivam a redução do nível de conflito), além de evitarem **movimentos de protelação** (que apenas geram a dilação indevida da solução do conflito, o que alimenta a carga de estresse das pessoas envolvidas).

Especificamente para a **mediação**, costumam ser cobradas em provas de concursos determinadas características, que em realidade valem também para as demais formas autocompositivas. Assim, são comumente atribuídas ao mediador as seguintes **técnicas ou estratégias** facilitadoras do diálogo, já exigidas em concurso para o cargo de Juiz do Distrito Federal e Territórios (2013)[55]:

---

54 Cf. http://www.cespe.unb.br/concursos/TJDFT_13_JUIZ/arquivos/NGDFH_PADR__O_DE_RESPOSTAS_DEFINITIVO.PDF.

55 As características citadas se encontram no modelo de resposta publicado no seguinte link: http://www.cespe.unb.br/concursos/TJDFT_13_JUIZ/arquivos/NGDFH_PADR__O_DE_RESPOSTAS_DEFINITIVO.PDF

a) **Compreensão do caso** (identificação de questões, interesses e sentimentos; fragmentação das questões; recontextualização);
b) **Controle do processo** (até mesmo interrompendo as partes quando necessário);
c) **Deslocamento das emoções negativas para positivas**;
d) Facilidade para migrar das posições enunciadas para fazer emergir os **reais interesses dos participantes**;
e) **Concentração nas emoções positivas**;
f) **Reconhecimento e validação de sentimentos**;
g) **Desenho do futuro com base no sucesso das ações relacionadas com essas emoções**;
h) **Tom da mediação** (comunicação acessível, linguagem neutra e o ritmo da mediação);
i) **Empoderamento das partes** (reforçar o que já foi realizado e enfocar no futuro – visão prospectiva da disputa).

# 8. O PROCESSO PSICOLÓGICO E A OBTENÇÃO DA VERDADE JUDICIAL

## 8.1. Aspectos gerais

Costuma-se dizer que "somente um processo psicológico bem conduzido será capaz de auxiliar a obtenção da verdade judicial"[56]. Embora a afirmação seja verdadeira, é importante saber inicialmente em que consiste a tal "verdade judicial".

Ainda há quem fale em **"verdade real"**, como se correspondesse à verdade judicial. Não são poucos os precedentes judiciais que ainda trabalham com a dualidade **verdade formal – verdade real,** uma construção doutrinaria antiga e – ao menos desde a fenomenologia e o giro linguístico (***linguistic turn***) da filosofia da linguagem – ul-

56 TRINDADE, Jorge; TRINDADE, Elise Karam; MOLINARI, Fernanda. *Psicologia Judiciária – para a Carreira da Magistratura*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 104.

trapassada. Vejamos alguns recentes precedentes em que o Superior Tribunal de Justiça aludiu à "verdade real":

> Assim como ocorre no Direito Sancionador, em que se afastam as regras da processualística civil em razão do especial garantismo conferido por suas normas ao indivíduo, **deve-se dar prioridade ao princípio da busca da verdade real**, diante do interesse social que envolve essas demandas[57].
>
> AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. MOTIVAÇÃO. OCORRÊNCIA. FALIBILIDADE DA MEMÓRIA HUMANA. RELEVANTE TRANSCURSO DE TEMPO DESDE A DATA DOS FATOS. ENUNCIADO 455 DA SÚMULA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. INAPLICABILIDADE. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM EM CONSONÂNCIA COM A ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DESTA CORTE SUPERIOR. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N.º 83 DA SÚMULA DO STJ. INSURGÊNCIA DESPROVIDA.
>
> 1. Esta Corte possui entendimento no sentido de que **a produção antecipada de provas, prevista no art. 366 do CPP, possui natureza acautelatória e visa a resguardar, na busca da verdade real**, a efetividade da prestação jurisdicional, diante da possibilidade de perecimento da prova em razão de relevante decurso de tempo, como na hipótese vertente, na qual o delito foi cometido há quase 8 anos.
>
> 2. Há de sopesar o julgador sobre o concreto risco de perecimento da prova testemunhal (periculum in mora) tendo em vista a alta probabilidade de esquecimento dos fatos distanciados do tempo de sua prática, sendo que detalhes relevantes ao deslinde dos fatos narrados na incoativa poderão ser perdidos com o decurso do tempo, à causa da revelia do acusado, **em detrimento do interesse da sociedade em apurar os fatos e submetê-los a julgamento**[58].
>
> [...]

O "princípio da busca da verdade real", outrora ensinado como norteador da produção de provas no processo penal e no processo civil, significa, em síntese, que o julgador deve, dentro do possível, tentar ao máximo reconstruir os fatos que pretendem ser provados,

---

[57] Superior Tribunal de Justiça, Corte Especial, REsp n. 1352721/SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia, DJe 28.4.2016.

[58] Superior Tribunal de Justiça, 5T, AgRg no AREsp n. 911296/PA, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 7.12.2016.

"**como realmente ocorreram**". Interessaria tanto às partes quanto à sociedade saber **o quer verdadeiramente teria ocorrido no mundo dos fatos,** de forma precisa, acabada, enfim, absoluta.

Cuida-se, efetivamente, de uma ficção. No âmbito de um processo judicial, nunca é possível reconstruir a verdade dos fatos, de forma absoluta, por um motivo muito simples: no mundo dos fenômenos, **não há fatos, mas versões.** Em especial nas demandas de direito de família, em que os "fatos", em realidade, consistem muitas vezes em interpretações sobre o comportamento das pessoas, a verdade não é um dado absoluto.

Não se diga, contudo, que não existe verdade. **Existe verdade (e, portanto, "verdade judicial").** O que não existe é "**verdade real**". A verdade deve ser compreendida como um convencimento, um consenso, a respeito de determinada argumentação fática, construída em um ambiente democrático de participação dos envolvidos. Uma verdade discursiva e construída a partir da linguagem. A busca é pela verdade **possível**, pela **verdade que convence** com base em uma linguagem comum, marcada por elementos racionais, compartilhados por aqueles que integram o processo (estamos sendo bastante simplório aqui, tendo em vista a possibilidade de participação de sujeitos com linguagens diversas em processos judiciais).

Nesse sentido, lecionam **Didier Jr.**, **Braga** e **Oliveira**:

> A verdade real é algo inatingível; não deixa de ter um caráter místico. É utopia imaginar que se possa, com o processo, atingir a verdade real sobre determinado acontecimento, até porque a verdade sobre algo que ocorreu outrora é idéia antitética. Não é possível saber a verdade sobre o que ocorreu; ou algo aconteceu, ou não. O fato não é verdadeiro ou falso; ele existiu ou não. O algo pretérito está no campo ôntico, do ser. A verdade, por seu turno, está no campo axiológico, da valoracão: as afirmações ou são verdades, ou são mentiras – **conhecem-se os fatos pelas impressões (valorações) que as pessoas têm deles**. Daí porque não se pode dizer se tal fato é/foi verdadeiro, ou não, porque ele apenas existe/existiu, ou não existe/existiu; **pode imprecar-se, isso sim, que a alegação ou proposição sobre tal fato seja verdade ou mentira, em razão das alegações serem suscetíveis de apreciação valorativa**. Para o processo, parafraseando JOÃO UBALDO RIBEIRO, o negócio é o seguinte: não existem fatos, só existem histórias; só existem alegações (A frase correta, posta como epígrafe de Viva o Povo

Brasileiro: *"O segredo da Verdade é o seguinte: não existem fatos, só existem histórias* "). Ou, como diriam os "Titãs", em canção recente, "existem provas de amor, apenas; não existe amor".

A prova não tem o condão de reconstituir um evento pretérito; não se pode voltar no tempo. Assim é que a verdade real é meta inatingível, até porque, além da justiça, há outros valores que presidem o processo, como a segurança e a efetividade: o processo precisa acabar. Calcar-se a teoria processual sobre a idéia de que se atinge, pelo processo, a verdade material, é mera utopia. O mais correto, mesmo, é entender a verdade buscada no processo como aquela mais próxima possível do real, própria da condição humana de ser alcançada no processo, porquanto há verdadeiro exercício da dialética durante o procedimento, com a tentativa das partes de comprovarem, mediante a argumentação, a veracidade de suas alegações. "O juiz não é – mais do que qualquer outro – capaz de reconstruir fatos ocorridos no passado; o máximo que se lhe pode exigir é que a valoracão que há de fazer das provas carreadas aos autos sobre o fato a ser investigado não divirja da opinião comum média que se faria das mesmas provas[59].

Sendo a verdade algo que é construído consensualmente por meio da linguagem, a afirmação "**isso é um fato indiscutível**" não cabe no mundo jurídico (e, convenhamos, nem mesmo em outros ambientes). A verdade **possível** é obtida através de uma linguagem que, embora racional, é externada por pessoas humanas, com todas as suas **implicações psicológicas**. Ela recai não sobre os fatos puramente considerados, mas sobre **as argumentações fáticas**, e deve ser considerada pelo julgador, em sua decisão, de forma **coerente** e **íntegra**, dentro de parâmetros racionais.

Perceba, portanto: enquanto a **fundamentação (a justificação)** de determinada verdade **construída** no processo deve ter uma linguagem racional, coerente e acessível, **o processo de construção da verdade é inevitavelmente marcado por elementos de ordem psicológica.** Os sujeitos que atuam no processo o fazem imbuídos de suas emoções, impressões, de sua história.

Justamente por não existir uma verdade em estado absoluto, é necessária a adoção de **posturas eticamente comprometidas** por

[59] DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil.* Vol. II. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 71.

todos aqueles agentes que, de alguma forma, participam da produção de provas no processo judicial. Não apenas o juiz, mas também as partes e, no processo penal, em especial o Ministério Público. À luz do art. 212, *caput*, do Código de Processo Penal, "as perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha", o que revela a adoção do método denominado "exame direto e cruzado" oriundo do direito americano. Isso significa que a própria acusação formula perguntas diretamente às testemunhas, o que demanda um compromisso ético gigantesco, para evitar o direcionamento das perguntas e o induzimento às respostas pretendidas (o que, muitas vezes, pode ser feito de forma muito sutil). Processos judiciais determinam a vida das pessoas. Encarceram pessoas, indenizam pessoas, concedem e retiram benefícios de pessoas, suspendem direitos políticos etc. Todo e qualquer julgador precisa ter a noção do peso de cada processo individualizado.

É necessário que o julgador confronte sempre seus preconceitos, suas pré-compreensões, ao produzir e analisar as provas de determinado caso. Algumas vezes, julgadores adotam uma postura ***tópica*** de já concluir previamente o que consideram uma decisão correta para o caso e então "constroem" a produção das provas para se adequar à sua decisão previamente tomada em mente. Por mais que isso pareça aberrante em uma rápida leitura, é uma postura bastante comum, realizada, na maioria das vezes, de forma absolutamente inconsciente. Chegando-se à conclusão (que já havia sido formulada em mente) mediante a manipulação inconsciente da produção das provas, o julgador, muitas vezes, sente-se realizando justiça, pois, em um mundo de "verdades reais", os fatos a que chegou não são passíveis de outra interpretação.

Justamente por isso, é importante a **capacitação dos magistrados**, com participação em cursos, palestras e grupos com o objetivo de compartilhar experiências e aprender o papel da psicologia na atividade jurisdicional. Igualmente, é importante que os respectivos tribunais ofertem aos seus magistrados serviços de psicologia, com a participação de profissionais capacitados, para que possam ser conhecidos e compreendidos os conflitos intrapsíquicos, apartando-os dos conflitos processuais.

## 8.2. O comportamento de partes e testemunhas

A psicologia é, certamente, uma poderosa ferramenta para uma compreensão mais ampla do comportamento das partes e das testemunhas. O processo judicial possui uma liturgia própria, que exacerba a beligerância, a hostilidade entre as pessoas envolvidas. Assim, no que concerne às **partes**, a psicologia pode ajudar os magistrados a identificar os conflitos intrapsíquicos subjacentes à lide, o que certamente contribui para uma melhor compreensão dos fatos alegados.

As testemunhas, por sua vez, possuem uma tarefa muito clara: elas servem de fonte de prova para as alegações das partes, fornecendo testemunhos no sentido de confirmar ou afastar tais alegações. Nesse ponto, não apenas a psicologia pode ajudar a identificar as testemunhas previamente instruídas para falsear seus depoimentos (através de comportamentos padronizados e respostas contraditórias), mas também contribui para a própria extração de um testemunho fiel. O acesso à memória invariavelmente se faz a partir de uma análise subjetiva, que leva em consideração diversos fatores intrapsíquicos.

Exemplo maior das complicações oriundas do direito probatório são as chamadas "**falsas memórias**", elucidadas por Lopes Jr. e Seger, que consistem, basicamente, em relatos de testemunhas sobre fatos que não foram por elas presenciados. Em tais casos, as testemunhas possuem convicção de que presenciaram determinado acontecimento, muito embora ele não tenha ocorrido (ou, mais comumente, tenha ocorrido de forma diferente):

> Entretanto, em que pese seja a objetividade um dos princípios basilares das provas no processo penal, estudos da área da psicologia e da neurociência vêm consolidando a ideia de que a memória humana, além de subjetivar inteiramente as imagens percebidas, é passível de diversas formas de contaminação – como exemplo, as falsas memórias –, que podem afastá-la da cena do evento ocorrido, o que, por corolário, acaba por macular qualquer tentativa de verossimilhança entre o relato do sujeito-observador e o objeto (situação presenciada). Os atuais questionamentos referentes à habilidade de crianças e adultos – sejam eles depoentes como vítimas de abuso físico (ou sexual) ou como testemunhas oculares de crimes e contravenções em geral – de relatar fidedignamente os fatos vividos têm aberto as portas para o

estudo científico das falsas memórias, que constituem, resumidamente, um fenômeno cujo efeito é nos lembrarmos de eventos que, na realidade, não ocorreram. Algumas falsas memórias são geradas de forma espontânea, por consequência de um processo normal de compreensão, e são chamadas de FM espontâneas ou auto-sugeridas. Não obstante, há outra espécie de falsa memória, a qual pode resultar de sugestões externas como consequência acidental ou deliberada, e, nestes casos, as pessoas passam a recordar fatos sugeridos como se tivessem sido realmente por elas vividos. O presente estudo, entretanto, dirige-se precipuamente ao estudo das falsas memórias geradas a partir de indução (sugeridas por fatores externos), em que pese não ignoremos que ambas as espécies de FM são capazes de contaminar a prova pena[60].

As testemunhas são geralmente classificadas em alguns padrões, conforme explicam FRANCISCO DA COSTA OLIVEIRA, TRINDADE e MOLINARI[61], cujas lições podem ser esquematizadas de acordo com o quadro abaixo:

| | |
|---|---|
| **a) Testemunha independente** | Consiste no cidadão considerado "zeloso de seus deveres", ciente das suas responsabilidades e dos deveres legais. |
| **b) Testemunha ansiosa** | É aquela que apresenta sentimentos de angústia e expectativa, exigindo uma abordagem compreensiva, de modo a estabelecer um ambiente de tranquilidade e não prejudicar o testemunho. |
| **c) Testemunha especialmente motivada** | É aquela que se identifica claramente com um aspecto da causa, ainda que de forma inconsciente. Em muitos casos, por se sentirem exercendo um dever de proteção de determinado valor, tais testemunhas exageram nos relatos e desenvolvem falsas memórias. O risco de distorções de informações é elevado em seu testemunho. |

[60] LOPES JR., Aury; SEGER, Mariana da Fonseca. *Prova Testemunhal e Processo Penal:* A fragilidade do relato a partir da análise da subjetividade perceptiva e do fenômeno das falsas memórias. Disponível em: http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2012_2/mariana_seger.pdf. Acesso em: 25 jan. 2017.

[61] TRINDADE, Jorge; TRINDADE, Elise Karam; MOLINARI, Fernanda. *Psicologia Judiciária – para a Carreira da Magistratura.* 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 114-117.

| | |
|---|---|
| **d) Testemunha desfavorável** | Costuma ter um posicionamento a *priori* a respeito da causa ou até mesmo um desprezo e indisposição para com a justiça. Podem chegar a ser agressivas e pouco contribuem para a elucidação dos fatos. |
| **e) Testemunha hostil ou opositora** | Apresenta comportamento agressivo, comparecendo à audiência de forma contrariada, sem o desejo de colaborar para a elucidação dos fatos. É uma testemunha opositora. Cabe ao juiz saber presidir adequadamente a audiência em tal caso, não deixando dúvidas quanto às responsabilidades da testemunha. |
| **f) Testemunha profissional** | Geralmente, cuida-se de profissional que, em razão da atividade que desempenha, é constantemente chamado para depor sobre determinados fatos análogos. É o caso de policiais, fiscais, agentes de trânsito etc. Tal característica, por si só, não faz o seu testemunho ser mais valioso, cabendo ao juiz saber identificar as pré-compreensões e vícios oriundos da atividade profissional. |
| **g) Testemunha improdutiva** | Cuida-se da testemunha que pouco ou nada contribui para o fato, faltando-lhe objetividade ou conhecimento sobre o tema em questão. |
| **h) Testemunha cooperativa** | É, em síntese, a testemunha consciente de seu papel e que contribui para o processo sem dificuldades. |
| **i) Testemunha extrovertida** | Possui uma aptidão espontânea para comunicação, expondo os fatos com facilidade e cooperação. Costumam se sentir desprestigiadas quando interrompidas ou quando não conseguem dizer tudo aquilo que gostariam de dizer. Às vezes, desviam-se do foco do processo, o que impõe a aludida interrupção. |
| **j) Testemunha introvertida** | Ao contrário da extrovertida, costuma falar pouco, caracterizando-se pela timidez. Consequentemente, tais testemunhas necessitam ser adequadamente estimuladas em audiência, para que o testemunho não seja curto e pobre, vez que podem vir a contribuir para a elucidação da questão. |

À luz das variadas espécies de testemunha e da multiplicidade de questões de fato que podem surgir em um processo judicial, a psicologia jurídica desenvolveu diversas classes de perguntas utilizadas na condução da coleta da prova testemunhal e interrogatório, aliando aspectos **psicológicos e gramaticais**.

Como explica MIRA Y LOPEZ[62], a partir de uma perspectiva **psicológica e gramatical**, são diversas as classes de perguntas que podem servir a uma melhor produção da prova oral, destacando-se ao menos sete:

a) **Perguntas determinantes** (ou perguntas com pronomes interrogativos) – São perguntas diretamente formuladas em relação aos fatos. Ex.: "quem era o administrador da empresa X?". São comuns e permitidas, sendo consideradas "imparciais".

b) **Disjuntivas completas** – São questionamentos formulados com duas possibilidades. Ex.: "o réu estava dentro ou fora do carro?". São comuns e menos sugestivas, embora não possam ser aprioristicamente classificada como imparciais.

c) **Diferenciais ("sim ou não?")** – São perguntas que objetivam confirmar ou negar determinado fato, exigindo da testemunha uma resposta afirmativa ou negativa (sim ou não). Ex.: "o autor trabalhava como agricultor?". São comuns e permitidas.

d) **Afirmativas condicionais ("sim?")** – Esta forma de pergunta deve ser evitada, por induzir uma sugestão à testemunha, obrigando-a a decidir sobre um sim ou um não, criando-se uma condição prévia à resposta, de acordo com o que espera quem interroga. Tal forma gramatical de formular perguntas gera uma clara coação na testemunha. Ex.: "não era azul a gravata que levava o acusado?". Pela forma de colocar as ideias, a testemunha é implicitamente advertida de que se espera uma afirmação, e se não está muito segura, preferirá responder de acordo com que o interrogador parece esperar.

[62] MIRA Y LOPEZ, Emílio. *Manual de Psicologia Jurídica*. Sorocaba: Editora Minelli, 2007, p. 116-117.

e) **Negativas condicionais** (“não?”) – *Idem*. Ex.: “era acaso branca a gravata que levava o acusado?”. Pela forma de colocar as ideias, a testemunha é implicitamente advertida de que se espera uma negação, e se não está muito segura, preferirá responder de acordo com o que parece esperar quem interroga.

f) **Disjuntivas Parciais** – São perguntas que colocam o interrogado na posição de escolher entre duas alternativas, excluindo outras, dentre as quais poderia estar a resposta correta. Ex.: “a gravata do réu era azul ou verde?”. Em realidade, abstratamente, a gravata poderia ser vermelha, o que revela a preocupação que se deve ter em evitar tal classe de perguntas, eis que pode vir a induzir a resposta da testemunha, que não raramente assume como verdadeira uma afirmação inverídica.

g) **Afirmativas por presunção** – Supõe a existência de uma memória na mente da testemunha, sem que antes isso tenha sido certificado. Deve ser evitada, pois pode induzir diretamente a um testemunho falso. Ex.: perguntar à testemunha qual era a cor da gravata do réu na data dos fatos, sem que antes a testemunha tenha sido perguntada se o réu levava gravata ou não.

Para finalizar, fazendo-se nova referência aos ensinamentos de Mira y Lopez[63], é importante destacar a existência de múltiplos fatores que podem ser responsáveis pela **inexatidão de um testemunho**, apontados pelos estudos da psicologia jurídica. O primeiro deles é o (a) **hábito**, que marca os acontecimentos rotineiros na vida das pessoas e pode influenciá-las a produzir respostas inexatas. Também a (b) **sugestão** é um fator que pode conduzir a isso, por meio de um automatismo engendrado em meio a perguntas cuja estrutura favorece determinadas respostas. A (c) **confusão temporal** é outro fator que merece destaque, tendo em vista que o passar do tempo pode alterar sensivelmente a percepção dos fatos. Por fim, a (d) **tendência afetiva** é apontada como uma quarta causa, que inevitavelmente se

[63] MIRA Y LOPEZ, Emílio. *Manual de Psicologia Jurídica*. Sorocaba: Editora Minelli, 2007.

faz presente em todo sujeito diante a uma situação capaz de lhe causar simpatia ou antipatia. Somente em teoria é possível falar em vivências neutras, eis que, na prática, tudo que se vive e se recorda se encontra intimamente ligado a um tom afetivo.

## 9. QUESTÕES DE CONCURSO

**XL Concurso Público para Provimento de Cargos de Juiz de Direito Substituto da Justiça do Distrito Federal – Segunda Etapa – Prova Escrita Discursiva (2013)**

**Questão 10 – Noções Gerais de Direito e Formação Humanística**

*Discorra sobre os mecanismos autocompositivos, com foco nos fundamentos jurídicos da conciliação (0,15), nos princípios e estratégias da mediação (0,15) e na análise de técnicas, posturas (0,30), condutas e procedimentos (0,30) aptos a facilitar a mediação e a obter a solução conciliada dos conflitos. Será considerada na avaliação a utilização correta do idioma oficial e a capacidade de exposição (0,10), na forma do item 8.4 do edital de abertura do concurso.*

**Padrão de resposta[64]:**

*Os mecanismos autocompositivos são espécies de métodos alternativos de solução de conflitos, que têm como característica essencial a iniciativa das partes em construir uma solução para o embate. Os métodos que nos interessam, no caso, são: conciliação e mediação (em razão da delimitação estabelecida na questão):*

*Conciliação: procedimento em que um terceiro (o conciliador) procura obter um consenso das partes em conflito e, com base nele, propõe um acordo que ponha fim ao embate. O conciliador não analisa as razões psicológicas que levaram ao conflito, mas busca delimitar, objetivamente, a questão em litígio, para tentar propor uma solução. (não foi exigido o conceito, mas será valorado em favor do candidato que o apresentar, de forma válida, em complemento à resposta específica sobre o que foi objeto de questionamento)*

64 Cf. http://www.cespe.unb.br/concursos/TJDFT_13_JUIZ/arquivos/NGDFH_PADR__O_DE_RESPOSTAS_DEFINITIVO.PDF.

*Fundamentos jurídicos da conciliação – A conciliação, como valor prevalente na resolução de controvérsias, foi alçada a um status de princípio informativo do sistema processual brasileiro, não sendo novidade em nosso ordenamento jurídico, existindo desde a época das Ordenações Filipinas, em seu Livro III, Título XX, § 1º. Atualmente, há previsão expressa tanto no Código de Processo Civil (arts. 125, IV, 269, III, 277, 331, 448, 449 e 475-N, III e V), quanto no Código Civil (art. 840), na Lei de arbitragem – 9.307/1995 (arts. 21, § 4º e 28), no Código do Consumidor (arts. 5º, IV, 6º, VII e 107) ou, ainda, na Lei 9099/1995 dos Juizados Especiais, na qual se consagra como princípio jurídico (art. 2º). A Constituição Federal prevê a pacificação social como um dos objetivos fundamentais da República (art. 3º, I), atribuindo ao juiz, como agente político, a implementação de alternativas jurisdicionais, adequadas e céleres, para consecução deste objetivo (art. 5º LXXVIII). O Conselho Nacional de Justiça promove desde 2006 grande Movimento pela Conciliação, incentivando os Tribunais de Justiça, Tribunais Regionais Federais e Tribunais do Trabalho a promoverem conciliação em suas ações, inclusive com implantação de centros judiciais de solução de conflitos e núcleos permanentes de conciliação e mediação (Resolução 125 do CNJ).*

*Mediação: nesse caso, um mediador neutro e imparcial facilita o diálogo entre as partes envolvidas, fazendo com que os próprios interessados solucionem o conflito. O mediador não tem a função de decidir o conflito, mas sim de propiciar condições para que as partes envolvidas possam dialogar a fim de que, juntas, possam realizar escolhas voluntárias e construir um acordo baseado no entendimento mútuo. A mediação não possui formas rigidas, mas sua realização profissional é caracterizada por métodos de abordagem elaborados e comprovados com rigor científico. (não foi exigido o conceito, mas será valorado em favor do candidato que o apresentar, de forma válida, em complemento à resposta específica sobre o que foi objeto de questionamento)*

*O mediador deve seguir algumas estratégias para que o diálogo seja possível: a) controle do processo (interrompendo as partes quando necessário); b) deslocamento das emoções negativas para positivas; c) facilidade para migrar das posições enunciadas para fazer emergir os reais interesses dos participantes; d) concentração nas emoções positivas; e) reconhecimento e validação de sentimentos; d) desenho do futuro com base no sucesso das ações relacionadas com essas emoções. Focaliza-se o bom e trabalha-se para construí-lo.*

*Podem ainda ser indicados como técnicas ou estratégias de mediação: a compreensão do caso (identificação de questões, interesses e sentimentos; fragmentação das questões; recontextualização); o tom da mediação (comunicação acessível, linguagem neutra e o ritmo da mediação); o empoderamento das partes (reforçar o que já foi realizado e enfocar no futuro – visão prospectiva da disputa)*

*Obs.: relação apenas exemplificativa. Não esgota a matéria. Não há necessidade de indicação de todos os métodos. Poderão ser indicados alguns fundamentos da negociação (separar as pessoas do problema; ouvir ativamente; despolarizar o conflito. Afinal, mediação é negociação assistida por terceiros)*

*Princípios da mediação:*

*Para as partes:*

*a) voluntariedade – a mediação somente será eficaz se os participantes estiverem exercendo seu direito de escolha. Qualquer das partes tem o direito de retirar-se da mediação a qualquer momento;*

*b) livre decisão ou autodeterminação – As partes em disputa têm a faculdade, o direito e o poder de definir suas questões, necessidades e soluções e de determinar o resultado das tratativas, sendo de sua exclusiva responsabilidade as decisões que vierem a ser acordadas durante o processo de mediação.*

*Para o mediador:*

*a) imparcialidade – o mediador não defende nem representa qualquer das partes, mas cria espaços para recíproco respeito e escuta, não impedindo que se corrijam eventuais desequilíbrios entre os mediandos (evitar preconceitos, não julgar aparências, filtrar percepções tendenciosas, não influenciar opiniões);*

*b) neutralidade – é a capacidade de respeitar as diferenças das pessoas, sem interferir nos conteúdos acordados, somente os adequando ao contexto legal;*

*c) confidencialidade – o mediador tem dever de guardar sigilo sobre as informações obtidas no processo mediatório, exceto em casos que o próprio direito o autorize a denúncia, como maus-tratos, risco de morte ou delitos graves;*

*d) profissionalização – formação profissional adequada ao manejo dos conflitos, na administração de disputas e na busca de soluções que equalizem os direitos e responsabilidades das partes.*

*Obs.: Não há necessidade de definição, sendo suficiente a indicação dos princípios relacionados às partes e ao mediador para que a resposta seja considerada correta*

*Técnicas e posturas que devem ser usadas para facilitar a mediação: a) condução ativa da entrevista: as interações verbais devem ser guiadas pelo mediador, com perguntas realizadas a fim de captar o estado emocional dos envolvidos, bem como para extrair as questões que constituem o cerne do conflito; b) estabelecimento de rapport: palavra francesa que designa uma relação de empatia com o interlocutor – estabelecimento de uma relação de confiança. O mediador deve inspirar uma empatia, um respeito pelas partes, o que não se confunde com amizade ou intimidade, até porque impera o dever de imparcialidade no procedimento; c) adequação comunicacional: ciente da singularidade de cada parte, o mediador deve adequar sua comunicação verbal e não verbal a fim de fazer com que as partes dialoguem. Para isso, é função do mediador observar detalhes importantes, como o nível sociocultural, econômico, grau de escolaridade, aspectos culturais, regionais, enfim, tudo o que possa ser útil para propiciar as interações que possam levar a um acordo; d) gerenciamento de emoções: é natural que os envolvidos em uma mediação não estejam em estado emocional confortável. É comum o aparecimento de frustrações, angústias, raiva, principalmente se o conflito for de natureza familiar. Por isso, cabe ao mediador gerenciar eventual agressividade e conduzir a mediação para canalizar emoções de forma positiva.*

*A solução para o conflito pode ser ainda construída a partir de algumas condutas ou procedimentos: a) gerenciamento da comunicação verbal e não verbal: a comunicação é elemento essencial na formação do acordo. A escolha dos atos e das palavras guiará o êxito da solução; b) escuta dinâmica (ouvir ativamente as partes): escutar e entender o que está sendo dito, sem se deixar influenciar pelos pensamentos judicantes ou que contenham juízo de valor. Seleção cuidadosa das informações fornecidas pelas partes, pois em condições emocionais podem sofrer significativa alteração de sentido c) técnica de interrogação: a maneira como se pergunta é uma forma de determinar o fluxo de informações e as interações entre os envolvidos no conflito; d) sumário: sintetizar o que foi exposto pela parte oportuniza confirmação das declarações prestadas, bem como eventual retificação ou complementação de algum dado; e) isolamento dos envolvidos: dado o grau de animosidade inicial, nem*

*sempre é possível estabelecer o imediato diálogo entre as partes. Por isso, recomenda-se a utilização de sessões individualizadas para conseguir obter os dados que as partes possam fornecer, além de prepará-las para um acordo; f) divisão do problema (fracionamento das questões): o conflito pode se apresentar de maneira bastante complexa. Se assim ocorrer, convém que o problema seja seccionado em questões menores, a fim de facilitar a resolução do litígio.*

*Obs.: a resposta será considerada parcialmente correta se forem indicados técnicas, posturas, condutas e*

*procedimentos sem definição mínima, diante do comando da questão de "análise" desses elementos.*

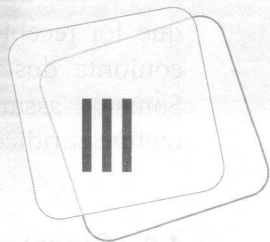
## CONCURSO PARA O CARGO DE JUIZ DE DIREITO – TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESPÍRITO SANTO (2012)

*"A produção da prova testemunhal não trata dos fatos em si, porque estes compõem um acontecimento cuja característica é o seu exaurimento e a sua resolubilidade no plano da própria existência. Vale dizer: a prova testemunhal tem como objeto aquilo que é dito sobre o que aconteceu.*

*A perspectiva psicojurídica pretende salientar a importância psicológica do depoimento das testemunhas ou da declaração da vítima ou das partes na produção da decisão do juiz, e não na reconstituição dos fatos. Com efeito, o que se reconstitui é aquilo que é passível de ser dito, falado e evocado: não os fatos, mas a memória dos fatos". Jorge Trindade. Manual de psicologia jurídica para operadores de direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 276-77 (com adaptações).*

*Considerando que o texto acima tem caráter unicamente motivador, defina, com base na perspectiva psicológica e gramatical, três classes de perguntas utilizadas na condução da coleta da prova testemunhal e uma espécie de pergunta classificada quanto a sua estrutura.*

**Resposta:**

Caberia ao candidato explicar as classes de perguntas informadas no ponto 4.2 do presente capítulo.

# ÉTICA E ESTATUTO JURÍDICO DA MAGISTRATURA NACIONAL

**Sumário** • 1. Regime jurídico da magistratura nacional. 1.1. Carreiras. 1.2. Ingresso. 1.3. Promoções. 1.4. Remoções. 2. Direitos e deveres funcionais da magistratura. 3. Código de Ética da Magistratura Nacional. 4. Sistemas de controle interno do Poder Judiciário. 4.1. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). 4.2. Conselhos Superiores. 4.3. Corregedorias. 4.4. Ouvidorias. 5. Responsabilidade administrativa, civil e criminal dos magistrados. 6. Administração judicial. 6.1. Planejamento estratégico. 6.2. Modernização da gestão. 7. Questões de concurso.

## 1. REGIME JURÍDICO DA MAGISTRATURA NACIONAL

Para falarmos sobre o regime jurídico da magistratura nacional, é necessário fazer uma tarefa nada fácil, consistente em conciliar a Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LOMAN) com a Constituição. Isso porque a LOMAN (Lei Complementar n. 35/1979) é anterior à Constituição de 1988, que desenhou uma nova estrutura e disciplina ao Poder Judiciário.

Muito embora já tenha decidido o STF que "até o advento da lei complementar prevista no art. 93, *caput*, da Constituição de 1988, o Estatuto da Magistratura será disciplinado pelo texto da LC 35/1979,

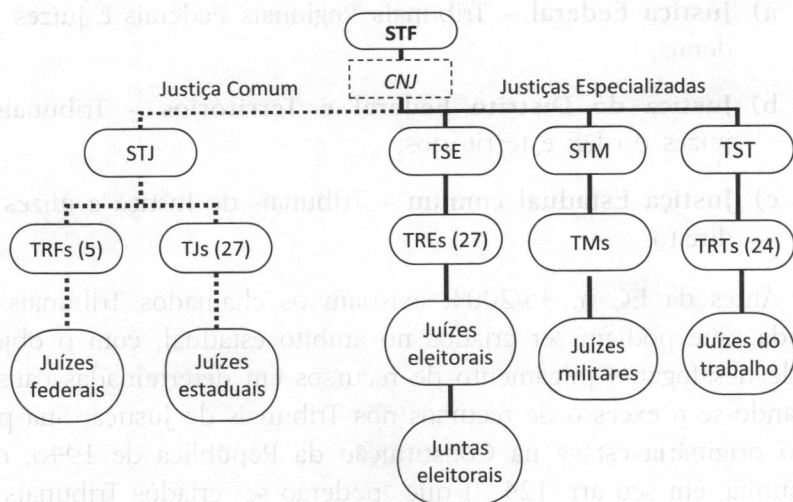
que foi recebida pela Constituição"[1], é necessário fazer uma leitura conjunta dos dois diplomas, com auxílio dos demais precedentes. Somente assim, será possível alcançar a adequada compreensão do regime jurídico da magistratura nacional.

## 1.1. Carreiras

A carreira da magistratura judicial segue inicialmente a divisão orgânica estabelecida pelo art. 92 da Constituição (alterado pela Emenda Constitucional n. 45/2004), que disciplina a estrutura do Poder Judiciário. Esta norma deve prevalecer sobre o art. 1º da LOMAN, que traça uma estrutura reduzida, anterior à Constituição. Confiram-se:

| Constituição da República (CRFB/88) | LOMAN |
|---|---|
| Art. 92. São órgãos do Poder Judiciário:<br>I – o Supremo Tribunal Federal;<br>I-A – o Conselho Nacional de Justiça; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)<br>II – o Superior Tribunal de Justiça;<br>II-A – o Tribunal Superior do Trabalho; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 92, de 2016)<br>III – os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais;<br>IV – os Tribunais e Juízes do Trabalho;<br>V – os Tribunais e Juízes Eleitorais;<br>VI – os Tribunais e Juízes Militares;<br>VII – os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios. | Art. 1º – O Poder Judiciário é exercido pelos seguintes órgãos:<br>I – Supremo Tribunal Federal;<br>II – Conselho Nacional da Magistratura;<br>III – Tribunal Federal de Recursos e Juízes Federais;<br>IV – Tribunais e Juízes Militares;<br>V – Tribunais e Juízes Eleitorais;<br>VI – Tribunais e Juízos do Trabalho;<br>VII – Tribunais e Juízes Estaduais;<br>VIII – Tribunal e Juízes do Distrito Federal e dos Territórios. |

Sistematizando-se a estrutura prevista na Constituição, chegamos ao seguinte organograma:

[1] Supremo Tribunal Federal, ADI n. 1.985, Rel. Min. Eros Grau, DJ 3.3.2005, DJ 13.5.2005.

Como cediço, o Supremo Tribunal Federal e os tribunais superiores são compostos por ministros, enquanto os tribunais inferiores são compostos por desembargadores. Na primeira instância, se encontram os juízes, que não raramente são convocados para o exercício de função temporária de desembargador nos tribunais, em razão da necessidade decorrente de férias, afastamentos ou licenças de seus membros.

O STF e os tribunais superiores (STJ, TST, TSE e STM) consistem em verdadeiros **órgãos de convergência**, com sede na Capital federal e exercício de jurisdição sobre todo o território nacional. Cada uma das justiças especiais da União tem seu próprio Tribunal Superior de cúpula, que é responsável pela última decisão nos litígios de competência dessa Justiça.

Além de órgãos de convergência, o STF e o STJ podem ser também considerados **órgãos de superposição**, pois, sem pertencerem a qualquer justiça especializada, proferem decisões que se sobrepõem às decisões proferidas pelos órgãos inferiores das justiças comum e especial.

A **Justiça comum** compreende os juízes federais e estaduais, vinculados aos Tribunais Regionais Federais e aos Tribunais de Justiça, que, por sua vez, vinculam-se ao Superior Tribunal de Justiça. De maneira sintética, dizemos que são órgãos da Justiça comum:

a) **Justiça Federal** – Tribunais Regionais Federais e juízes Federais;

b) **Justiça do Distrito Federal e Territórios** – Tribunais e juízes do DF e territórios;

c) **Justiça Estadual comum** – Tribunais de Justiça e juízes de direito.

Antes da EC n. 45/2004, existiam os chamados Tribunais de Alçada, que podiam ser criados no âmbito estadual, com o objetivo de desafogar o julgamento de recursos em determinadas causas, evitando-se o excesso de recursos nos Tribunais de Justiça. Sua previsão originária estava na Constituição da República de 1946, que dispunha, em seu art. 124, II que "poderão ser criados Tribunais de Alçada, com a competência que lhes fôr atribuída na lei estadual" (redação após a Emenda Constitucional n. 16/1965).

Com efeito, em razão do art. 4º da EC 45/2004, os Tribunais de Alçada deixaram de existir:

> Art. 4º Ficam extintos os tribunais de Alçada, onde houver, passando os seus membros a integrar os Tribunais de Justiça dos respectivos Estados, respeitadas a antigüidade e classe de origem.
>
> Parágrafo único. No prazo de cento e oitenta dias, contado da promulgação desta Emenda, os Tribunais de Justiça, por ato administrativo, promoverão a integração dos membros dos tribunais extintos em seus quadros, fixando-lhes a competência e remetendo, em igual prazo, ao Poder Legislativo, proposta de alteração da organização e da divisão judiciária correspondentes, assegurados os direitos dos inativos e pensionistas e o aproveitamento dos servidores no Poder Judiciário estadual.

Vale ressaltar ainda que o art. 98 da Constituição permite à União (no Distrito Federal e nos Territórios) e aos os Estados criar a chamada **justiça de paz**, remunerada, composta de cidadãos eleitos pelo voto direto, universal e secreto, com mandato de quatro anos e competência para, na forma da lei, celebrar casamentos, verificar, de ofício ou em face de impugnação apresentada, o processo de habilitação e exercer atribuições conciliatórias, sem caráter jurisdicional, além de outras previstas na legislação.

Por fim, convém adiantar que a Emenda Constitucional n. 45 criou também o **Conselho Nacional de Justiça (CNJ)**, que se encontra acima dos tribunais e abaixo do STF. Embora tenhamos dedicado um ponto específico para analisar o CNJ, é importante registrar, desde logo, que tal órgão **não exerce jurisdição**, o que se extrai dos §§ 1º e 2º do art. 92 da Constituição. É dizer, sua atribuição é meramente administrativa. Além disso, o CNJ está abaixo do STF, não fiscalizando os ministros do Supremo. Justamente por isso, suas decisões são desafiadas por mandado de segurança no âmbito do STF.

Feitas tais considerações iniciais, façamos uma sistematização objetiva da estrutura de cada órgão judicial:

| Supremo Tribunal Federal (STF) |
|---|
| **Composição:** o STF é composto de **11 (onze) ministros**, indicados pelo Presidente da República e aprovados pela maioria absoluta do Senado. Para alguns autores, não seria possível aumentar o número de ministros, para impedir a criação de maiorias eventuais.<br>**Requisitos:** os requisitos para ser ministro do STF estão previstos no art. 101 da CF:<br>• **Ser brasileiro nato** (por razões de segurança nacional, já que os ministros estão na linha sucessória do Presidente – art. 12 da CRFB/88);<br>• **Idade mínima de 35 anos** (capacidade política absoluta) e máxima de 65 anos – A idade mínima é de 35 anos porque nessa idade a pessoa atinge capacidade política absoluta (pode exercer qualquer cargo). A idade máxima justifica-se no limite à aposentadoria compulsória, à época aos 70 (setenta) anos (hoje, aos setenta e cinco);<br>• **Reputação ilibada/idônea** – Consiste na vida passada sem qualquer mácula;<br>• **Notório conhecimento jurídico** – É aquele que dispensa prova. Discute-se hoje se ministro precisa ser bacharel em direito, ter publicado artigos etc. Na nossa história, há registros de indicação de um médico para o STF (Barata Ribeiro), tendo sido rejeitado pelo Senado. |

| Superior Tribunal de Justiça (STJ) |
|---|
| **Composição:** o STJ possui, **no mínimo, 33 (trinta e três) ministros**, igualmente indicados pelo Presidente e sabatinados pelo Senado. A Constituição não estabeleceu um limite para o número de ministros, que pode ser majorado.<br>**Requisitos:** são requisitos para o cargo (art. 104 da CRFB/88):<br>• **Ser brasileiro (*nato ou naturalizado*)** – A Constituição não exige que o brasileiro seja nato porque o ministro do STJ não está na linha sucessória do Presidente; |

- **Idade mínima de 35 e máxima de 65 anos;**
- **Reputação ilibada;**
- **Notável conhecimento jurídico.**

Atente: aqui no STJ, o Presidente da República escolhe os ministros dentre brasileiros que preencham estes requisitos, mas a escolha não é livre, e sim vinculada a determinadas categorias:

- 1/3 dentre desembargadores dos **TRFs;**
- 1/3 dentre desembargadores dos **TJs;**
- 1/3 dentre membros do **MP** (federal e estadual) e **advogados.**

**Tribunais Regionais Federais (TRF)**

**Composição e requisitos:** o número mínimo de desembargadores por TRF são 7 (sete), com idade mínima de 30 anos. Eles são recrutados, quando possível, na respectiva região e nomeados pelo Presidente da República, sendo: a) um quinto dentre advogados com mais de dez anos de efetiva atividade profissional e membros do Ministério Público Federal com mais de dez anos de carreira; b) os demais, mediante promoção de juízes federais com mais de cinco anos de exercício, por antiguidade e merecimento, alternadamente.

**Área de abrangência:**

- **TRF 1** – Sede no DF e mais 14 Estados da Federação: todos da região norte; todos do centro-oeste (menos MS); do sudeste, **MG**; do nordeste, **Bahia, Maranhão e Piauí (BA-MA-PI);**
- **TRF 2** – Sede no Rio de Janeiro, abrangendo 2 Estados: RJ e ES;
- **TRF 3** – Sede em São Paulo, abrangendo 2 Estados: SP e MS;
- **TRF 4** – Sede em Porto Alegre, abrangendo 3 Estados: RS, SC, PR;
- **TRF 5** – Sede em Recife/PE, abrangendo todos os Estados do nordeste (SE, AL, PE, PB, RN e CE), menos **BA, PI e MA**, que estão na 1ª Região.

Atenção: a Emenda Constitucional n. 73/2013 criou mais 4 (quatro) Tribunais Regionais Federais, alterando o art. 27, § 11, do ADCT. Contudo, por força de medida liminar concedida na ADIN n. 5017/2013, a instalação dos novos tribunais se encontra suspensa.

**Tribunais de Justiça (TJ)**

Cada Estado possui seu Tribunal de Justiça, em razão do **poder de auto-organização**, dentro qual encontra o poder de definir suas próprias autoridades. O número de desembargadores por Estados é de no mínimo, **7 (sete)**, não havendo número máximo.

**Tribunal Superior Eleitoral (TSE)**

**Composição:** o TSE deve ter, no mínimo, 7 (sete) ministros, com mandato de 2 (dois) anos, permitida uma única recondução. Sua composição inclui:

| |
|---|
| • 3 (três) ministros são oriundos do STF, por meio de eleição interna (sem prejuízo de suas funções no STF);<br>• 2 (dois) ministros são oriundos do STJ, por meio de eleição interna (sem prejuízo de suas funções no STJ);<br>• 2 (dois) advogados escolhidos pelo Presidente da República, de uma lista fornecida pelo STF.<br>Somente pode ser Presidente e Vice do TSE um dos três ministros originários do STF. Por sua vez, somente pode ser Corregedor-Geral eleitoral um dos dois ministros do STJ. |
| **Tribunais Regionais Eleitorais (TRE)** |
| Existe um Tribunal Regional Eleitoral por estado da Federação, com sede nas capitais. Assim, há 27 TREs, compostos cada um por 7 (sete) juízes:<br>• 2 (dois) desembargadores do TJ (escolhidos através de eleição interna);<br>• 2 (dois) juízes de direito escolhidos pelo TJ;<br>• 2 (dois) advogados escolhidos pelo Presidente da República, através de lista fornecida pelo TJ;<br>• 1 representante da Justiça Federal (pode ser um juiz federal ou desembargador federal). Nos Estados que são sede de TRF, o membro da Justiça Federal que oficia perante o TRE é desembargador federal. Nos demais Estados, será um juiz federal.<br>Atenção: só pode ser Presidente do TRE um dos dois desembargadores do TJ. Lamentavelmente, existe uma distorção na composição da Justiça Eleitoral, já que, apesar de ser uma Justiça Federal especializada, há apenas um representante da Justiça Federal nos TREs. |
| **Superior Tribunal Militar (STM)** |
| **Composição:** o STM é composto por 15 ministros, todos vitalícios, indicados e nomeados pelo Presidente, depois de aprovados por maioria simples pelo Senado Federal. São eles:<br>• 10 (dez) militares (todos devem ser oficiais generais e, portanto, brasileiros natos): 3 da Marinha; 4 do Exército e 3 da Aeronáutica;<br>• 5 (cinco) civis (todos com mais de 35 anos): 3 advogados, com reputação ilibada e mais de 10 anos de carreira; 1 juiz-auditor militar; 1 membro do MP militar. |
| **Tribunal Superior do Trabalho (TST)** |
| **Composição:** o TST é composto por 27 (vinte e sete) ministros. Destes, um quinto (seis) são membros do MPT e advogados, todos escolhidos pelo Presidente da República, sendo aprovados pelo Senado Federal. Os ministros restantes são juízes de carreira promovidos dos Tribunais Regionais do Trabalho. |

| Tribunais Regionais do Trabalho (TRT) |
|---|
| **Composição:** cada TRT tem como número mínimo 7 (sete) juízes desembargadores, recrutados, quando possível, na respectiva região, e nomeados pelo Presidente da República dentre brasileiros com mais de trinta e menos de sessenta e cinco anos, sendo: a) um quinto dentre advogados com mais de dez anos de efetiva atividade profissional e membros do Ministério Público do Trabalho com mais de dez anos de efetivo exercício, observado o disposto no art. 94; b) os demais, mediante promoção de juízes do trabalho por antiguidade e merecimento, alternadamente. Em regra, há um TRT em cada Estado, mas há Estados sem um TRT próprio (ex.: o TRT8, com sede no Pará, abrange os Estados do Pará e Amapá). Além disso, o Estado de São Paulo possui dois Tribunais Regionais do Trabalho. |

## 1.2. Ingresso

A forma de acesso aos quadros do Poder Judiciário é algo que varia muito em cada país. Para termos uma ideia, nos Estados Unidos, tanto os procuradores da República (*federal prosecutors*) como os juízes federais são indicados pelo Poder Executivo e os estaduais são eleitos. Como regra geral, o exercício da função não se dá de forma vitalícia em diversos países, que não raramente estabelecem um prazo curto para o exercício da magistratura.

No Brasil, a Constituição disciplina a regra geral de acesso à magistratura, "cujo cargo inicial será o de juiz substituto, mediante concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as fases, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação" (art. 93, I).

Por óbvio, o acesso aos tribunais inferiores ocorre de maneira distinta, como visto acima, mediante procedimento próprio (promoção de juízes de primeira instância e escolha de advogados ou membros do Ministério Público para composição do quinto constitucional).

A Constituição exige, tanto para o cargo de juiz como de membro do Ministério Público, que o candidato, bacharel em direito, possua ao menos três anos de "atividade jurídica". O tema é regulamentado pela Resolução n. 75 do CNJ:

> Art. 59. Considera-se atividade jurídica, para os efeitos do art. 58, § 1º, alínea "i":

I – aquela exercida com exclusividade por bacharel em Direito;

II – o efetivo exercício de advocacia, inclusive voluntária, mediante a participação anual mínima em 5 (cinco) atos privativos de advogado (Lei nº 8.906, 4 de julho de 1994, art. 1º) em causas ou questões distintas;

III – o exercício de cargos, empregos ou funções, inclusive de magistério superior, que exija a utilização preponderante de conhecimento jurídico;

IV – o exercício da função de conciliador junto a tribunais judiciais, juizados especiais, varas especiais, anexos de juizados especiais ou de varas judiciais, no mínimo por 16 (dezesseis) horas mensais e durante 1 (um) ano;

V – o exercício da atividade de mediação ou de arbitragem na composição de litígios.

§ 1º É vedada, para efeito de comprovação de atividade jurídica, a contagem do estágio acadêmico ou qualquer outra atividade anterior à obtenção do grau de bacharel em Direito.

§ 2º A comprovação do tempo de atividade jurídica relativamente a cargos, empregos ou funções não privativos de bacharel em Direito será realizada mediante certidão circunstanciada, expedida pelo órgão competente, indicando as respectivas atribuições e a prática reiterada de atos que exijam a utilização preponderante de conhecimento jurídico, cabendo à Comissão de Concurso, em decisão fundamentada, analisar a validade do documento.

A Resolução acaba deixando de lado algumas situações particulares, o que suscita muitas dúvidas sobre se determinadas situações se encaixam no conceito de "atividade jurídica". A consequência disso é que, diante de uma lacuna, os tribunais acabam variando bastante sobre os critérios aplicáveis.

Uma tese que restou afastada foi a que denomino de "três anos em um ano e dois dias". Não raramente, alguns candidatos a concursos da magistratura e do MP sustentam terem preenchido o critério de três anos de atividade, pelo fato de terem atuado em três anos **não completos**. A título de exemplo, é a situação de quem exerceu a advocacia no final do ano de 2015, no ano de 2016 completo e no início de 2017. É importante deixar claro que tal hipótese não é admitida como **efetivo** exercício de três anos de atividade jurídica, tendo em vista a premissa básica: três anos são três anos. Assim, o

candidato deve ter, ao menos, **três anos de colação de grau**, sendo certo que tudo aquilo que for comprovado deve ter sido feito após a colação de grau.

Também merece atenção o fato de a Resolução n. 75 ter revogado a possibilidade de comprovação de atividade jurídica mediante exercício de pós-graduação.

Por fim, é de extrema relevância o conhecimento dos principais precedentes do STF a respeito do tema:

a) Ingresso na carreira da magistratura. Art. 93, I, CRFB. EC 45/2004. Triênio de atividade jurídica privativa de bacharel em direito. **Requisito de experimentação profissional. Momento da comprovação. Inscrição definitiva. Constitucionalidade da exigência.** ADI 3.460. Reafirmação do precedente pela Suprema Corte. Papel da Corte de Vértice. Unidade e estabilidade do Direito. Vinculação aos seus precedentes. Stare decisis. Princípios da segurança jurídica e da isonomia. Ausência dos requisitos de superação total (Overruling) do precedente (RE 655.265, rel. p/o ac. min. Edson Fachin, j. 13-4-2016, P, DJE de 5-8-2016, com repercussão geral);

b) A comprovação de atividade jurídica, **pode considerar o tempo de exercício em cargo não-privativo de bacharel em Direito**, desde que, ausentes dúvidas acerca da natureza eminentemente jurídica das funções desempenhadas (MS 28.226 AgR, rel. min. Luiz Fux, j. 4-8-2015, 1ª T, DJE de 26-8-2015);

c) É que institui (...) art. 204, da Lei 12.342/1994, uma nova forma de ingresso na magistratura cearense, mediante readmissão de magistrado exonerado. A matéria encontra disciplina, por força da CF, na Loman, de iniciativa do STF. Está na CF, art. 93, I. A Loman dispõe a respeito do tema, art. 78, repetindo o comando constitucional. Não previu a Loman a readmissão de magistrado exonerado (ADI 2.983, voto do rel. min. Carlos Velloso, j. 23-2-2005, P, DJ de 15-4-2005).

## 1.3. Promoções

No que diz respeito às promoções, no âmbito do Poder Judiciário, o art. 93 da Constituição estatui que estas ocorrerão "de entrância para entrância, alternadamente, por antigüidade e merecimento". É dizer, a cada vaga disponível para promoção, deverá ser seguido um procedimento que permita a ascensão dos magistrados, de forma alternada, com base em critérios de **antiguidade** e de **merecimento**. Tais critérios servem, por exemplo, para que um juiz federal substituto se promova para juiz federal titular. Também serve para o acesso dos juízes aos tribunais, para o cargo de desembargador. No âmbito estadual, existe uma divisão da estrutura de cargos não apenas com base na dualidade juiz substituto/juiz titular, mas também entre as entrâncias.

Ao tratar da promoção **de uma entrância para outra**, a Constituição estabelece o seguinte regramento:

a) é **obrigatória** a promoção do juiz que figure por **três vezes consecutivas** ou **cinco alternadas** em lista de merecimento;

b) a promoção por **merecimento** pressupõe **dois anos de exercício na respectiva entrância** e **integrar o juiz a primeira quinta parte da lista de antiguidade** desta, salvo se não houver com tais requisitos quem aceite o lugar vago;

c) aferição do merecimento conforme o desempenho e pelos **critérios objetivos de produtividade e presteza no exercício da jurisdição** e **pela frequência e aproveitamento em cursos** oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento;

d) na **apuração de antiguidade**, **o tribunal somente poderá recusar o juiz mais antigo pelo voto fundamentado de dois terços de seus membros**, conforme procedimento próprio, e assegurada ampla defesa, repetindo-se a votação até fixar-se a indicação;

e) **não será promovido o juiz que, injustificadamente, retiver autos** em seu poder além do prazo legal, não podendo devolvê-los ao cartório sem o devido despacho ou decisão.

É importante notar que, em realidade, a promoção por **merecimento** conta também com requisitos relativos à antiguidade: ela pressupõe **dois anos de exercício na respectiva entrância**, sendo necessário também que o juiz integre a **primeira quinta parte** da lista de antiguidade. Tal exigência pode ser relativizada, se não houver juiz que aceite o lugar e reúna os requisitos.

Ademais disso, muito embora a Constituição seja clara que a aferição do merecimento deve levar em consideração parâmetros objetivos, não são poucas as críticas ao caráter fortemente político da escolha, o que levou o Conselho Nacional de Justiça a editar a Resolução n. 106/2010, que dispõe:

> Art. 1º As promoções por merecimento de magistrados em 1º grau e o acesso para o 2º grau serão realizadas **em sessão pública, em votação nominal, aberta e fundamentada**, observadas as prescrições legais e as normas internas não conflitantes com esta resolução, iniciando-se pelo magistrado votante mais antigo.
>
> § 1º A promoção deverá ser realizada até 40 (quarenta) dias da abertura [...]
>
> Art. 2º **O magistrado interessado na promoção dirigirá requerimento ao Presidente do Tribunal de 2º grau** no prazo de inscrição previsto no edital de abertura do respectivo procedimento.
>
> Parágrafo único. Salvo em relação ao art. 9º desta Resolução, as demais condições e elementos de avaliação serão levadas em consideração até à data de inscrição para concorrência à vaga.
>
> Art. 3º **São condições para concorrer à promoção** e ao acesso aos tribunais de 2º grau, por merecimento:
>
> I – contar o juiz com **no mínimo 2 (dois) anos de efetivo exercício**, devidamente comprovados, no cargo ou entrância;
>
> II – figurar **na primeira quinta parte da lista de antiguidade** aprovada pelo respectivo Tribunal;
>
> III – **não retenção injustificada de autos** além do prazo legal.
>
> IV – **não haver o juiz sido punido, nos últimos doze meses, em processo disciplinar, com pena igual ou superior à de censura**.
>
> § 1º Não havendo na primeira quinta parte quem tenha os 2 (dois) anos de efetivo exercício ou aceite o lugar vago, poderão concorrer à vaga os magistrados que integram a segunda quinta parte da lista de antiguidade e que atendam aos demais pressupostos, e assim sucessivamente.

[...]

§ 3º Se algum integrante da quinta parte não manifestar interesse, apenas participam os demais integrantes dela, não sendo admissível sua recomposição.

**§ 4º As condições elencadas nos incisos I e II deste artigo não se aplicam ao acesso aos Tribunais Regionais Federais.**

Art. 4º **Na votação, os membros votantes do Tribunal deverão declarar os fundamentos de sua convicção, com menção individualizada aos critérios utilizados na escolha** relativos à:

I – **desempenho** (aspecto qualitativo da prestação jurisdicional);

II – **produtividade** (aspecto quantitativo da prestação jurisdicional);

III – **presteza** no exercício das funções;

IV – **aperfeiçoamento** técnico;

V – adequação da conduta ao **Código de Ética** da Magistratura Nacional (2008).

[...]

**Art. 5º Na avaliação da qualidade das decisões proferidas serão levados em consideração:**

*a)* a redação;

*b)* a clareza;

*c)* a **objetividade;**

*d)* **a pertinência de doutrina e jurisprudência, quando citadas**;

*e)* **o respeito às súmulas do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores.**

Art. 6º Na avaliação da **produtividade** serão considerados os atos praticados pelo magistrado no exercício profissional, levando-se em conta os seguintes parâmetros:

I – **Estrutura de trabalho**, tais como:

*a)* compartilhamento das atividades na unidade jurisdicional com outro magistrado (titular, substituto ou auxiliar);

*b)* acervo e fluxo processual existente na unidade jurisdicional;

*c)* cumulação de atividades;

*d)* competência e tipo do juízo;

*e)* estrutura de funcionamento da vara (recursos humanos, tecnologia, instalações físicas, recursos materiais);

II – **Volume de produção**, mensurado pelo:

*a)* número de audiências realizadas;

*b)* número de conciliações realizadas;

*c)* número de decisões interlocutórias proferidas;

*d)* número de sentenças proferidas, por classe processual e com priorização dos processos mais antigos;

*e)* número de acórdãos e decisões proferidas em substituição ou auxílio no 2º grau, bem como em Turmas Recursais dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais;

*f)* o tempo médio do processo na Vara.

Parágrafo único. Na avaliação da produtividade deverá ser considerada a média do número de sentenças e audiências em comparação com a produtividade média de juízes de unidades similares, utilizando-se, para tanto, dos institutos da mediana e do desvio padrão oriundos da ciência da estatística, privilegiando-se, em todos os casos, os magistrados cujo índice de conciliação seja proporcionalmente superior ao índice de sentenças proferidas dentro da mesma média.

Art. 7º A **presteza** deve ser avaliada nos seguintes aspectos:

I – **dedicação**, definida a partir de ações como:

*a)* assiduidade ao expediente forense;

*b)* pontualidade nas audiências e sessões;

*c)* gerência administrativa;

*d)* atuação em unidade jurisdicional definida previamente pelo Tribunal como de difícil provimento;

*e)* participação efetiva em mutirões, em justiça itinerante e em outras iniciativas institucionais;

*f)* residência e permanência na comarca;

*g)* inspeção em serventias judiciais e extrajudiciais e em estabelecimentos prisionais e de internamento de proteção de menores sob sua jurisdição;

*h)* medidas efetivas de incentivo à conciliação em qualquer fase do processo;

*i)* inovações procedimentais e tecnológicas para incremento da prestação jurisdicional;

*j)* publicações, projetos, estudos e procedimentos que tenham contribuído para a organização e a melhoria dos serviços do Poder Judiciário;

*k)* alinhamento com as metas do Poder Judiciário, traçadas sob a coordenação do Conselho Nacional de Justiça.

II – celeridade na prestação jurisdicional, considerando-se:

*a)* a observância dos prazos processuais, computando-se o número de processos com prazo vencido e os atrasos injustificáveis;

*b)* o tempo médio para a prática de atos;

*c)* o tempo médio de duração do processo na vara, desde a distribuição até a sentença;

*d)* o tempo médio de duração do processo na vara, desde a sentença até o arquivamento definitivo, desconsiderando-se, nesse caso, o tempo que o processo esteve em grau de recurso ou suspenso;

*e)* número de sentenças líquidas prolatadas em processos submetidos ao rito sumário e sumaríssimo e de sentenças prolatadas em audiências.

§ 1º Não serão computados na apuração dos prazos médios os períodos de licenças, afastamentos ou férias.

§ 2º Os prazos médios serão analisados à luz da sistemática prevista no parágrafo único do art. 6º.

Art. 8º Na avaliação do **aperfeiçoamento técnico** serão considerados:

I – a **frequência** e o **aproveitamento** em **cursos oficiais** ou reconhecidos pelas Escolas Nacionais respectivas, considerados os cursos e eventos oferecidos em igualdade a todos os magistrados pelos Tribunais e Conselhos do Poder Judiciário, pelas Escolas dos Tribunais, diretamente ou mediante convênio.

II – os **diplomas**, **títulos** ou **certificados** de conclusão de cursos jurídicos ou de áreas afins e relacionados com as competências profissionais da magistratura, realizados após o ingresso na carreira.

III – **ministração de aulas em palestras e cursos** promovidos pelos Tribunais ou Conselhos do Poder Judiciário, pelas Escolas da Magistratura ou pelas instituições de ensino conveniadas ao Poder Judiciário.

[...]

Art. 9º Na avaliação da adequação da conduta ao Código de Ética da Magistratura Nacional serão considerados:

*a)* a independência, imparcialidade, transparência, integridade pessoal e profissional, diligência e dedicação, cortesia, prudência, sigilo profissional, conhecimento e capacitação, dignidade, honra e decoro;

*b)* negativamente eventual processo administrativo disciplinar aberto contra o magistrado concorrente, bem como as sanções aplicadas no período da avaliação, não sendo consideradas eventuais representações em tramitação e sem decisão definitiva, salvo com determinação de afastamento prévio do magistrado e as que, definitivas, datem de mais de dois anos, na data da abertura do edital.

Art. 10 Na avaliação do merecimento **não serão utilizados critérios que venham atentar contra a independência funcional e a liberdade de convencimento do magistrado**, tais como índices de reforma de decisões.

> Parágrafo único. A disciplina judiciária do magistrado, aplicando a jurisprudência sumulada do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, com registro de eventual ressalva de entendimento, constitui elemento a ser valorizado para efeito de merecimento, nos termos do princípio da responsabilidade institucional, insculpido no Código Ibero-Americano de Ética Judicial (2006).
>
> Art. 11 Na avaliação do merecimento será utilizado o sistema de pontuação para cada um dos 5 (cinco) critérios elencados no art. 4º desta Resolução, com a livre e fundamentada convicção do membro votante do Tribunal, observada a seguinte pontuação máxima:
>
> I – desempenho – 20 pontos;
>
> II – produtividade – 30 pontos;
>
> III – presteza – 25 pontos;
>
> IV – aperfeiçoamento técnico – 10 pontos;
>
> V – adequação da conduta ao CEMN – 15 pontos.
>
> Parágrafo único. Cada um dos cinco itens deverá ser valorado de 0 (zero) até a pontuação máxima estipulada, com especificação da pontuação atribuída a cada um dos respectivos subitens constantes dos arts. 5º a 9º.
>
> [...]

Apesar do referido regramento, ainda permanecem as críticas sobre o caráter político do procedimento, tendo em vista a ausência de parâmetros mais objetivos de pontuação de cada elemento. Convém atentar ao disposto no art. 10 da Resolução, pelo que "não serão utilizados critérios que venham atentar contra a independência funcional e a liberdade de convencimento do magistrado". Apesar disso, o art. 5º do mesmo diploma informa que, na avaliação da qualidade das decisões proferidas, será levado em consideração **o respeito às súmulas do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores.**

Quanto ao acesso aos tribunais de segundo grau, dispõe a Constituição que também devem ser seguidos os critérios de antiguidade e merecimento, alternadamente, apurados na última ou única entrância.

Por fim, convém atentar à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a respeito da promoção, no âmbito do Poder Judiciário. Merecem destaque as seguintes decisões:

a) "**O ato de composição das turmas recursais não caracteriza promoção de magistrado para outra entrância ou mesmo de remoção, porém de mera designação para integrar órgão de primeiro grau, não se impondo, portanto, a observância dos critérios de merecimento ou antiguidade**. Nessa linha, a definição dos critérios para composição da turma recursal é ato interna corporis do respectivo Tribunal" (MS 28.254 AgR, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 24-3-2011, P, DJE de 12-4-2011);

b) "Promoção por antiguidade na magistratura tocantinense. Inobservância dos critérios estabelecidos na lei orgânica da magistratura nacional – LOMAN. **Impossibilidade de reconhecimento de tempo de serviço público no Estado ou de tempo de serviço público. Contrariedade ao art. 93 da Constituição da República.** Validade da adoção do critério de idade para desempate: precedente. Confirmação da medida cautelar deferida parcialmente a unanimidade. Ação direta julgada parcialmente procedente para declarar a inconstitucionalidade do art. 78, § 1º, III e IV, da Lei Complementar tocantinense 10/1996" (ADI 4.462, rel. min. Cármen Lúcia, j. 18-8-2016, P, DJE de 14-9-2016);

c) "Norma de aplicação de critério de desempate entre magistrados para aferição de antiguidade na carreira. Segurança jurídica. **A norma vigente ao tempo da posse dos interessados acerca do critério de antiguidade deve prevalecer para todos os fins; posto gerar insegurança jurídica subordinar a lista de antiguidade a critério introduzido pelas alterações supervenientes ao Regimento Interno sempre que se fizer necessário apurar-se a antiguidade dos magistrados.** A novel alteração do regimento aplica-se aos empossados em período ulterior à reforma da norma secundária. A republicação da lista a cada ano tem o escopo de apurar eventual alteração ocorrida, mas não o de alterar, pela aplicação de outros critérios, o desempate já definido, desde a classificação inicial, entre os que se encontram com o tempo idêntico na mesma classe. Precedente: MS 20.479,

Rel. Ministro Sydney Sanches, Tribunal Pleno, DJ de 30-10-1987" (RMS 26.079, rel. min. Luiz Fux, j. 27-3-2012, 1ª T, DJE de 12-4-2012);

d) "**Consideração do tempo de exercício da advocacia privada para fins de classificação pelo critério de antiguidade na carreira da magistratura, da mesma forma em que se considera o tempo de serviço público. Alegada violação ao art. 93 da CF.** Até a edição da lei complementar prevista no art. 93, caput, da CF, compete exclusivamente à Loman dispor sobre a promoção, a remoção e o acesso de magistrados aos cargos. (...) **Medida cautelar deferida para suspender, com eficácia ex tunc, a vigência do art. 92, III, e, da Constituição do Estado de Mato Grosso, com a redação determinada pela EC 46/2006**" (ADI 4.042 MC, rel. min. Gilmar Mendes, j. 26-6-2008, P, DJE de 30-4-2009);

e) "**O dispositivo impugnado promove, automaticamente, à entrância especial, os juízes em exercício nas varas do Juizado Especial da Comarca de Fortaleza, sem observar o princípio da alternância, na promoção, por antiguidade e merecimento (art. 93, II, da CF). Ação direta julgada procedente para declaração de inconstitucionalidade** do art. 4º da Lei 12.646, de 17-12-1996, do Estado do Ceará, que acrescentou o parágrafo único ao art. 125 do Código de Divisão e Organização Judiciária do Estado (Lei 12.342, de 28-7-1994). Plenário" (ADI 1.837, rel. min. Sydney Sanches, j. 19-3-2003, P, DJ de 2-5-2003);

f) "No que diz respeito ao mérito, entendo que, da conjugação dos arts. 93, II, b e III, 107, II, da CF com os arts. 80, 82, 84 e 88 da LC 35 de 14-6-1979 – Loman – **a confecção de lista quádrupla, ao invés de duas listas tríplices, corresponde à prática legitima**. Primeiro, porque o critério da lista quádrupla, no caso de existência de duas vagas a serem preenchidas, equivale ao de duas listas triplas, já que, escolhido inicialmente um dos nomes entre quatro, ainda restam três nomes para a segunda escolha, como bem ponderou o Min. Octavio Gallotti ao indeferir a medida liminar. Segundo,

porque o art. 88 da Loman, a meu ver, permite expressamente o critério da lista quádrupla" (MS 23.789, voto da rel. min. Ellen Gracie, j. 30-6-2005, P, DJ de 23-9-2005);

g) "Poder Judiciário: promoção compulsória do magistrado incluído por três vezes consecutivas em lista de merecimento (CF, art. 93, II, a): não incidência, quando as duas listas anteriores se destinaram à composição de TRT diverso, criado por desmembramento da área territorial de jurisdição daquele a que se destina a terceira" (MS 21.571, rel. min. Sepúlveda Pertence, j. 29-4-1993, P, DJ de 13-6-1997);

h) "A teor dos arts. 93, II, b e III, 107, II, da CF e 80, 82, 84 e 88 da Loman, **a confecção de lista quádrupla, ao invés de duas listas tríplices, é legítima**" (MS 23.789, rel. min. Ellen Gracie, j. 30-6-2005, P, DJ de 23-9-2005);

i) "Inteligência do art. 93, II, b e d, da CF, e da interpretação fixada na ADI 581-DF. **Ofende direito líquido e certo de magistrado que, sendo um dos três únicos juízes com plenas condições constitucionais de promoção por merecimento, é preterido, sem recusa em** procedimento próprio e específico, por outros dois **que não pertencem à primeira quinta parte da lista de antiguidade**, na composição de lista tríplice para o preenchimento de uma única vaga" (MS 24.414, rel. min. Cezar Peluso, j. 3-9-2003, P, DJ de 21-11-2003);

j) "Magistratura: promoção por merecimento: **satisfação dos pressupostos do art. 93, II, b, CF, por um único juiz de direito: reconhecimento do seu direito a integrar a lista tríplice, só admitida à inclusão dos que não satisfaçam os pressupostos constitucionais para preencher os lugares nela remanescentes (STF, ADI 581): interesse na inclusão em lista tríplice, não obstante a compulsoriedade da escolha do mais votado (STF, AO 70 e ADI 189), dada a ressalva da promoção obrigatória do que nele figure por três vezes consecutivas ou cinco alternadas** (CF, art. 93, II, a)" (RE 239.595, rel. min. Sepúlveda Pertence, j. 30-3-1999, 1ª T, DJ de 21-5-1999);

**k)** "A aferição do merecimento é feita levando-se em conta diversos critérios, não apenas dados objetivos, mas também outros relativos à produtividade e presteza no exercício da jurisdição" (MS 27.960 AgR, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 27-10-2011, P, DJE de 11-11-2011);

**l)** "O art. 93, III, da Constituição determina que 'o acesso aos tribunais de segundo grau far-se-á por antiguidade e merecimento, alternadamente, apurados na última ou única entrância'. A promoção de juízes para o Tribunal de Justiça local ocorre de acordo com o surgimento das vagas, alternando-se os critérios de antiguidade e merecimento para provimento dos cargos. **Esse sistema não se confunde com a promoção de entrância, em que há uma lista das varas a serem providas por merecimento e outra destinada ao provimento por antiguidade. A combinação dos sistemas, aplicando-se os preceitos da promoção de entrância à promoção para o Tribunal, é impossível**" (AO 1.499, rel. min. Eros Grau, j. 26-5-2010, P, DJE de 6-8-2010).

## 1.4. Remoções

A remoção consiste no deslocamento de um juiz a outro juízo da mesma instância, de forma não precária – ou seja, sem se confundir com uma mera designação provisória. Diante da prerrogativa da inamovibilidade dos magistrados, a regra é que a remoção ocorra mediante pedido do interessado, nos chamados "concursos de remoção".

Convém ressaltar que a remoção não implica necessariamente em um deslocamento da sede, podendo ocorrer dentro da mesma comarca. Além disso, nos termos do art. 93, VIII, da Constituição, é possível a **chamada remoção compulsória punitiva**, como exceção à inamovibilidade, em atenção ao interesse público, mediante decisão por voto da maioria absoluta do respectivo tribunal ou do Conselho Nacional de Justiça, assegurada ampla defesa.

O inciso VIII-A do mesmo dispositivo dispõe que a remoção a pedido ou a permuta de magistrados de comarca de igual entrância

atenderá, no que couber, aos mesmos critérios previstos para as promoções, já analisados.

Justamente por isso, já decidiu o STF que "os juízes integrantes de vara especializada criada por lei estadual devem ser designados com observância dos parâmetros constitucionais de antiguidade e merecimento previstos no art. 93, II e VIII-A, da CR, sendo inconstitucional, em vista da necessidade de preservação da independência do julgador, previsão normativa segundo a qual a indicação e nomeação dos magistrados que ocuparão a referida vara será feita pelo presidente do Tribunal de Justiça, com a aprovação do Tribunal" (ADI 4.414, rel. min. Luiz Fux, j. 31-5-2012, P, DJE de 17-6-2013). Na mesma oportunidade, restou decidido que o mandato de dois anos para a ocupação da titularidade da vara especializada em crimes organizados, a par de afrontar a garantia da inamovibilidade, viola a regra da identidade física do juiz, componente fundamental do princípio da oralidade, prevista no art. 399, § 2º, do CPP.

Também a LOMAN regula a remoção, trazendo-lhe regras importantes, dentre elas a obrigatoriedade de prévia abertura de concurso de remoção, antes do provimento inicial e promoção por merecimento:

> Art. 81 – Na Magistratura de carreira dos Estados, ao provimento inicial e à promoção por merecimento precederá a remoção.
>
> § 1º – A remoção far-se-á mediante escolha pelo Poder Executivo, sempre que possível, de nome constante de lista tríplice, organizada pelo Tribunal de Justiça e contendo os nomes dos candidatos com mais de dois anos de efetivo exercício na entrância
>
> § 2º – A juízo do Tribunal de Justiça, ou de seu órgão especial, poderá, ainda, ser provida, pelo mesmo critério fixado no parágrafo anterior vaga decorrente de remoção, destinando-se a seguinte, obrigatoriamente, ao provimento por promoção.

E mais:

> Art. 82 – Para cada vaga destinada ao preenchimento por promoção ou por remoção, abrir-se-á inscrição distinta, sucessivamente, com a indicação da Comarca ou Vara a ser provida.
>
> Parágrafo único – Ultimado o preenchimento das vagas, se mais de uma deva ser provida por merecimento, a lista conterá número de Juízes igual ao das vagas mais dois.

Art. 83 – A notícia da ocorrência de vaga a ser preenchida, mediante promoção ou remoção, deve ser imediatamente veiculada pelo órgão oficial próprio, com indicação, no caso de provimento através de promoção, das que devam ser preenchidas segundo o critério de antigüidade ou de merecimento.

Art. 84 – O acesso de Juízes Federais ao Tribunal Federal de Recursos far-se-á por escolha do Presidente da República dentre os indicados em lista tríplice, elaborada pelo Tribunal.

Art. 85 – O acesso de Juízes Auditores e membros do Ministério Público da Justiça Militar ao Superior Tribunal Militarfar-se-á por livre escolha do Presidente da República.

Art. 86 – O acesso dos Juízes do Trabalho Presidentes de Juntas de Conciliação e Julgamento ao Tribunal Regional do Trabalho, e dos Juízes do Trabalho substitutos àqueles cargos, far-se-á, alternadamente, por antigüidade e por merecimento, este através de lista tríplice votada por Juízes vitalícios do Tribunal e encaminhada ao Presidente da República.

Art. 87 – Na Justiça dos Estados e do Distrito Federal e dos Territórios, o acesso dos Juízes de Direito aos Tribunais de Justiça far-se-á, alternadamente, por antigüidade e merecimento.

§ 1º – A lei poderá condicionar o acesso por merecimento aos Tribunais, como a promoção por igual critério, à freqüência, com aprovação, a curso ministrado por escola oficial de aperfeiçoamento de magistrado.

§ 2º – O disposto no parágrafo anterior aplica-se ao acesso dos Juízes Federais ao Tribunal Federal de Recursos.

Art. 88 – Nas promoções ou acessos, havendo mais de uma vaga a ser preenchida por merecimento, a lista conterá, se possível, número de magistrados igual ao das vagas mais dois para cada uma delas.

## 2. DIREITOS E DEVERES FUNCIONAIS DA MAGISTRATURA

Os direitos e deveres dos magistrados estão concentrados, sobretudo, na Constituição (art. 93), na LOMAN (LC n. 35/1979) e no Código de Ética da Magistratura Nacional, objeto do ponto seguinte.

Inicialmente, a Constituição disciplina não apenas as **garantias institucionais** do Poder Judiciário, mas também **garantias funcionais**, que implicam em direitos e deveres relativos ao exercício do cargo. Tais garantias são divididas em dois grandes grupos: garantias de independência e de imparcialidade. Vejamos:

As garantias de independência derivam dos predicativos da magistratura (art. 95 da CRFB/88), quais sejam:

a) Vitaliciedade – A vitaliciedade é uma garantia do magistrado que indiretamente significa uma garantia para o cidadão, ao assegurar a independência do seu julgador. Ela não se confunde com a estabilidade, como podemos ver no quadro abaixo:

| Vitaliciedade | Estabilidade |
|---|---|
| **Só se aplica a agentes políticos** (magistrados, membros do MP e membros dos Tribunais de Contas). | Aplica-se a **servidores públicos em sentido restrito**. |
| É alcançada:<br>• Em **primeiro grau de jurisdição**, após **2 anos** de estágio probatório.<br>• Nos **Tribunais**, ela é alcançada no **1º dia no cargo** (ainda que o juiz tenha entrado pelo quinto constitucional). | É alcançada após **3 anos de efetivo exercício**. |
| O agente vitalício só perderá o cargo em razão de **sentença judicial transitada em julgado**. Mas há exceções:<br>• Ministros do STF serão julgados pelo Senado no caso de crime de responsabilidade;<br>• Membros do CNJ serão julgados pelo Senado no caso de crimes de responsabilidade. | O servidor público estável pode perder o cargo em razão de:<br>a) Sentença judicial transitada em julgado;<br>b) Processo administrativo disciplinar;<br>c) Procedimento de avaliação periódica de desempenho. |

b) Inamovibilidade – O magistrado, diversamente do servidor público em sentido restrito, não pode ser removido por oportunidade e conveniência da Administração Pública, sem seu consentimento, ainda que na mesma sede, cargo, tribunal, câmara ou grau de jurisdição. O ato de remoção depende de sua concordância, com exceção do regramento do art. 93, VIII, da Constituição, analisado no ponto anterior:

> Art. 93. VIII – o ato de remoção, disponibilidade e aposentadoria do magistrado, por interesse público, fundar-se-á em decisão por voto da MAIORIA ABSOLUTA do respectivo tribunal ou do Conselho Nacional de Justiça, assegurada ampla defesa.

c) Irredutibilidade de subsídios (art. 95, III) – Existem duas espécies de irredutibilidade de subsídio: a *real* (necessidade de indexação da inflação nos subsídios) e a *jurídica* (nominal). Segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal, a Constituição garante apenas a irredutibilidade jurídica (ou seja, nominal) dos subsídios.

Por seu turno, as **garantias de imparcialidade** servem para a manutenção da **capacidade subjetiva do magistrado**. Como cediço, o devido processo legal procedimental, previsto no art. 5º, garante a todos o direito de serem julgados por juízes imparciais. Assim sendo, a imparcialidade é direito fundamental do cidadão.

Justamente por isso, a Constituição veda algumas condutas, visando à exclusividade do juiz. Assim, o parágrafo único do art. 95 proíbe aos magistrados:

a) **Exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério** – O tema é regulado pela Resolução n. 34/2007 do CNJ, cujos dispositivos que merecem destaque são:

> Art. 1º Aos magistrados da União e dos Estados é vedado o exercício, ainda que em disponibilidade, de outro cargo ou função, salvo o magistério.
>
> Parágrafo único. O exercício da docência por magistrados, na forma estabelecida nesta Resolução, pressupõe compatibilidade entre os horários fixados para o expediente forense e para a atividade acadêmica, o que deverá ser comprovado perante o Tribunal.
>
> Art. 2º O exercício de cargos ou funções de coordenação acadêmica, como tais considerados aqueles que envolvam atividades estritamente ligadas ao planejamento e/ou assessoramento pedagógico, será admitido se atendidos os requisitos previstos no artigo anterior.
>
> § 1º É vedado o desempenho de cargo ou função administrativa ou técnica em estabelecimento de ensino.
>
> § 2º O exercício da docência em escolas da magistratura poderá gerar direito a gratificação por hora-aula, na forma da lei.
>
> § 3º Não se incluem na vedação referida no § 1º deste artigo as funções exercidas em curso ou escola de aperfeiçoamento dos próprios Tribunais, de associações de classe ou de fundações estatutariamente vinculadas a esses órgãos e entidades.

Art. 4º-A A participação de magistrados na condição de palestrante, conferencista, presidente de mesa, moderador, debatedor ou membro de comissão organizadora, inclusive nos termos do art. 4º da Resolução CNJ 170/2013, é considerada atividade docente, para os fins desta Resolução. (Incluído pela Resolução nº 226, de 14.06.16)

§ 1º A participação nos eventos mencionados no caput deste artigo deverá ser informada ao órgão competente do Tribunal respectivo em até 30 (trinta) dias após sua realização, mediante a inserção em sistema eletrônico próprio, no qual deverão ser indicados a data, o tema, o local e a entidade promotora do evento. (Incluído pela Resolução nº 226, de 14.06.16)

§ 2º O Conselho Nacional de Justiça e a Corregedoria Nacional de Justiça promoverão o acompanhamento e a avaliação periódica das informações referidas no §1º deste artigo. (Incluído pela Resolução nº 226, de 14.06.16)

§ 3º A atuação dos magistrados em eventos aludidos no caput deste artigo deverá observar as vedações constitucionais relativamente à magistratura (art. 95, parágrafo único, da Constituição), cabendo ao juiz zelar para que essa participação não comprometa a imparcialidade e a independência para o exercício da jurisdição, além da presteza e da eficiência na atividade jurisdicional. (Incluído pela Resolução nº 226, de 14.06.16)

Art. 5º-A As atividades de coaching, similares e congêneres, destinadas à assessoria individual ou coletiva de pessoas, inclusive na preparação de candidatos a concursos públicos, não são consideradas atividade docente, sendo vedada a sua prática por magistrados. (Incluído pela Resolução nº 226, de 14.06.16)

Merece destaque também a Resolução n. 10/2005 do CNJ, que veda o exercício de funções nos Tribunais de Justiça Desportiva e em suas Comissões Disciplinares pelos integrantes do Poder Judiciário:

Art. 1º É vedado o exercício pelos integrantes do Poder Judiciário de funções nos Tribunais de Justiça Desportiva e em suas Comissões Disciplinares

b) **Dedicar-se a atividade** político-partidária – O juiz não pode ser filiado a partido político e, portanto, ser candidato (a filiação partidária é uma condição de elegibilidade).

Para que possa se **candidatar a cargo eletivo**, o magistrado precisa **pedir exoneração** com antecedência de **6 (seis) meses**

(LC n. 64/1990). Tal prazo consistia em uma particularidade legislativa, na medida em que, para os cidadãos em geral, o prazo mínimo de filiação era de um ano. Atualmente, por força da regra do art. 9º da Lei n. 9.504/1997, com redação dada pela Lei n. 13.488/2017, para concorrer às eleições, qualquer candidato deverá possuir domicílio eleitoral na respectiva circunscrição pelo prazo de seis meses e estar com a filiação deferida pelo partido no mesmo prazo.

Vale ressaltar que, por força do Provimento n. 71/2018, do CNJ, A vedação de atividade político-partidária aos membros da magistratura não se restringe à prática de atos de filiação partidária, abrangendo a participação em situações que evidenciem apoio público a candidato ou a partido político (art. 2º, § 1º). Em termos genéricos, isso significa dizer que a liberdade de expressão, como direito fundamental, não pode ser utilizada pela magistratura para afastar a proibição constitucional do exercício de atividade político-partidária (art. 2º, *caput*).

De acordo com o citado Provimento, a vedação de atividade político-partidária aos magistrados não os impede de exercer o direito de expressar convicções pessoais, desde que não seja objeto de manifestação pública que caracterize, ainda que de modo informal, atividade com viés político-partidário (art. 2º, § 2º).

Pergunta-se: pode o juiz realizar publicamente críticas a ideologias, projetos legislativos e programas de governo?

Sim. Não caracteriza atividade político-partidária a crítica pública dirigida por magistrado, entre outros, a ideias, ideologias, projetos legislativos, programas de governo, medidas econômicas. São vedados, contudo, ataques pessoais a candidato, liderança política ou partido político com a finalidade de descredenciá-los perante a opinião pública, em razão de ideias ou ideologias de que discorde o magistrado, o que configura violação do dever de manter conduta ilibada e decoro (art. 2º, § 3º).

O Provimento n. 71/2018, do CNJ, adentra também no uso das redes sociais, estabelecendo limitações. De acordo com o seu art. 3º, é dever do magistrado ter decoro e manter ilibada conduta pública e particular que assegure a confiança do cidadão, de modo que a manifestação de posicionamento, inclusive em redes sociais, não deve comprometer a imagem do Poder Judiciário nem violar direitos ou garantias fundamentais do cidadão.

Justamente por isso, o magistrado deve agir com reserva, cautela e discrição ao publicar seus pontos de vista nos perfis pessoais nas redes sociais, evitando a violação de deveres funcionais e a exposição negativa do Poder Judiciário (art. 4º).

O magistrado também deve evitar, nos perfis pessoais nas redes sociais, pronunciamentos oficiais sobre casos em que atuou, sem prejuízo do compartilhamento ou da divulgação, por meio dos referidos perfis, de publicações constantes de sites institucionais ou referentes a notícias já divulgadas oficialmente pelo Poder Judiciário (art. 5º).

c) **Receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei.**

d) **Exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração.**

Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias:

I – vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado;

II – inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII;

III – irredutibilidade de subsídio, ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I.

Parágrafo único. Aos juízes é VEDADO:

> I – **exercer**, ainda que em disponibilidade, **outro cargo ou função**, salvo uma de **magistério**;
>
> II – **receber**, a qualquer título ou pretexto, **custas ou participação** em processo;
>
> III – dedicar-se à atividade **político-partidária**.
>
> IV – receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
>
> V – exercer a **advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou**, antes de decorridos **três anos do afastamento** do cargo por aposentadoria ou exoneração. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Também a LOMAN disciplina os **deveres** (arts. 35-39) e **direitos** (arts. 61-77) dos magistrados. Quanto aos deveres, estabelece o art. 35 os seguintes:

a) **Cumprir e fazer cumprir, com independência, serenidade e exatidão, as disposições legais e os atos de ofício;**

b) **não exceder injustificadamente os prazos para sentenciar ou despachar;**

c) **determinar as providências necessárias para que os atos processuais se realizem nos prazos legais;**

d) **tratar com urbanidade as partes, os membros do Ministério Público, os advogados, as testemunhas, os funcionários e auxiliares da Justiça, e atender aos que o procurarem, a qualquer momento, quanto se trate de providência que reclame e possibilite solução de urgência;**

e) **residir na sede da Comarca salvo autorização do órgão disciplinar a que estiver subordinado;**

f) **comparecer pontualmente à hora de iniciar-se o expediente ou a sessão, e não se ausentar injustificadamente antes de seu término;**

g) **exercer assídua fiscalização sobre os subordinados, especialmente no que se refere à cobrança de custas e emolumentos, embora não haja reclamação das partes;**

h) **manter conduta irrepreensível na vida pública e particular.**

Ato contínuo, o art. 36 estabelece as seguintes **vedações**:

a) exercer o comércio ou participar de sociedade comercial, inclusive de economia mista, exceto como acionista ou quotista;

b) exercer cargo de direção ou técnico de sociedade civil, associação ou fundação, de qualquer natureza ou finalidade, salvo de associação de classe, e sem remuneração;

c) manifestar, por qualquer meio de comunicação, opinião sobre processo pendente de julgamento, seu ou de outrem, ou juízo depreciativo sobre despachos, votos ou sentenças, de órgãos judiciais, ressalvada a crítica nos autos e em obras técnicas ou no exercício do magistério.

Por fim, quanto ao rol de direitos, a LOMAN estabelece, além dos benefícios relativos à **remuneração (art. 65)**, também a disciplina das **férias, licenças, concessões (afastamentos)** e **aposentadoria.**

Vejamos inicialmente os benefícios remuneratórios previstos no **art. 65 da LOMAN:**

> Art. 65 – Além dos vencimentos, poderão ser outorgadas aos magistrados, nos termos da lei, as seguintes vantagens:
>
> I – **ajuda de custo**, para despesas de **transporte** e **mudança**;
>
> II – **ajuda de custo**, para moradia, nas **localidades em que não houver residência oficial à disposição do Magistrado**.
>
> III – **salário-família**;
>
> IV – **diárias**;
>
> V – **representação**;
>
> **VI – gratificação pela prestação de serviço à Justiça Eleitoral;**
>
> **VII – gratificação pela prestação de serviço à Justiça do Trabalho, nas Comarcas onde não forem instituídas Juntas de Conciliação e Julgamento;**
>
> **VIII – gratificação adicional de cinco por cento por qüinqüênio de serviço, até o máximo de sete;**
>
> **IX – gratificação** de magistério, por aula proferida **em curso oficial de preparação para a Magistratura ou em Escola Oficial de Aperfeiçoamento de Magistrados** (arts. 78, § 1º, e 87, § 1º), exceto quando receba remuneração específica para esta atividade;

X – gratificação pelo **efetivo exercício em Comarca de difícil provimento**, assim definida e indicada em lei.

O grande problema do aludido dispositivo é o fato de ter sido criado numa época em que a remuneração dos magistrados era paga mediante vencimentos, e não subsídio. Justamente por isso, já decidiu o STF que o **adicional por tempo de serviço do inciso VIII** é inconstitucional e só deve ser pago aos magistrados que já contavam com direito adquirido quando da nova regra constitucional, com o fim de garantir o princípio da irredutibilidade de vencimentos, até que o excedente seja absorvido integralmente pelo subsídio estabelecido em lei (MS 24.875/DF).

Quanto à **ajuda de custo** para despesas de transporte e mudança (inciso I), o seu pagamento tem sido feito normalmente, com caráter indenizatório. O **auxílio-moradia** (inciso II), por seu turno, restou vedado após a revogação da medida liminar anteriormente concedida pelo STF (cf. AO nº 1.773, ACO nº 2.511 e AO nº 1.946). Atualmente, por força da Resolução n. 274 do CNJ, de 18 de dezembro de 2018, o benefício foi reduzido a hipóteses excepcionais, presentes os seguintes requisitos:

> Art. 2º O pagamento de ajuda de custo para moradia ou auxílio-moradia aos magistrados fica condicionado ao atendimento cumulativo das seguintes condições:
>
> I – não exista imóvel funcional disponível para uso pelo magistrado;
>
> II – o cônjuge ou companheiro, ou qualquer pessoa que resida com o magistrado, não ocupe imóvel funcional nem receba ajuda de custo para moradia ou auxílio-moradia;
>
> III – o magistrado ou seu cônjuge ou companheiro não seja ou tenha sido proprietário, promitente comprador, cessionário ou promitente cessionário de imóvel na comarca onde for exercer o cargo, incluída a hipótese de lote edificado sem averbação de construção, nos doze meses que antecederam a sua mudança de comarca ou juízo;
>
> IV – o magistrado deve encontrar-se no exercício de suas atribuições em localidade diversa de sua comarca ou juízo original;
>
> V – a indenização será destinada exclusivamente ao ressarcimento de despesas comprovadamente realizadas com aluguel de moradia ou hospedagem administrada por empresa hoteleira, sendo vedada a

sua utilização para o custeio de despesas com condomínio, telefone, alimentação, impostos e taxas de serviço.

VI – natureza temporária, caracterizada pelo desempenho de ação específica.

§ 1º Além das condições estabelecidas pelo caput deste artigo, o pagamento de ajuda de custo para moradia ou auxílio-moradia a magistrados designados para atuar em auxílio ao Conselho Nacional de Justiça, aos tribunais superiores, aos tribunais regionais e aos tribunais estaduais está condicionado ao não recebimento de benefício de mesma natureza no seu Órgão Judicial de origem.

§ 2º O pagamento de ajuda de custo para moradia ou auxílio-moradia aos ministros de tribunais superiores será disciplinado pelos respectivos tribunais.

Art. 3º O direito à percepção do auxílio-moradia cessará:

I – imediatamente, quando:

*a)* o magistrado recusar o uso do imóvel funcional colocado à sua disposição;

*b)* o cônjuge ou companheiro do magistrado ocupar imóvel funcional;

*c)* o magistrado passar a residir com outra pessoa que ocupe imóvel funcional ou receba ajuda de custo para moradia ou auxílio-moradia.

II – no mês subsequente ao da ocorrência das seguintes hipóteses:

*a)* assinatura do termo de permissão de uso de imóvel funcional pelo magistrado;

*b)* aquisição de imóvel pelo magistrado, seu cônjuge ou companheiro;

*c)* encerramento da designação ou retorno definitivo ao órgão de origem;

*d)* falecimento, no caso de magistrado que se deslocou com a família por ocasião de mudança de domicílio.

A chamada **representação**, bem como a **gratificação pelo efetivo exercício em Comarca de difícil provimento**, além de dependerem da edição de lei que não foi criada, também podem ser consideradas, no particular, contrários à Constituição (STF, ADI 2104).

O art. 65 da LOMAN é complementado pela **Resolução n. 133/2011 do CNJ**, que dispõe sobre "a simetria constitucional entre Magistratura e Ministério Público e equiparação de vantagens". O referido ato normativo derivou do Pedido de Providências nº 0002043-22.2009.2.00.0000, que reconheceu a necessidade de comunicação das vantagens funcionais do Ministério Público Federal à Magistratura

Nacional. Isso porque alguns benefícios da LC n. 75 (Lei Orgânica do MPU) não estão previstos na LOMAN. Consequentemente, ficaram assegurados aos magistrados os seguintes benefícios:

> Art. 1º São devidas aos magistrados, cumulativamente com os subsídios, as seguintes verbas e vantagens previstas na Lei Complementar nº 75/1993 e na Lei nº 8.625/1993:
>
> *a)* **Auxílio-alimentação**;
>
> *b)* **Licença não remunerada** para o tratamento de **assuntos particulares**;
>
> *c)* **Licença** para **representação de classe**, para membros da diretoria, até três por entidade;
>
> *d)* **Ajuda de custo** para **serviço fora da sede de exercício**;
>
> *e)* **Licença remunerada** para **curso no exterior**;
>
> *f)* **indenização de férias não gozadas**, por absoluta necessidade de serviço, após o acúmulo de dois períodos.

Por fim, convém acrescentar o benefício estabelecido pelas leis n. 13.093/2015, 13.094/2015 e 13.095/2015, que instituíram a Gratificação por Exercício Cumulativo de Jurisdição devida aos membros da Justiça Federal, Justiça do Distrito Federal e Territórios e Justiça do Trabalho. Cuida-se de benefício análogo àquele previsto na Lei nº 13.024/2014 aos membros do Ministério Público da União.

A aludida gratificação será devida em duas hipóteses, estabelecidas em seu art. 3º: **acumulação de juízo** e **acervo (distribuição) processual elevado,** no valor total de até um terço do subsídio. A regulamentação do benefício fica a cargo dos respectivos Conselhos Superiores:

> Art. 1º Fica instituída a gratificação por exercício cumulativo de jurisdição no âmbito da Justiça Federal de primeiro e segundo graus.
>
> Art. 2º Para os fins desta Lei, entende-se por:
>
> I – acumulação de juízo: o exercício da jurisdição em mais de um órgão jurisdicional da Justiça Federal, como nos casos de atuação simultânea em varas distintas, em juizados especiais e em turmas recursais; e
>
> II – acervo processual: o total de processos distribuídos e vinculados ao magistrado.
>
> **Art. 3º A gratificação de que trata o art. 1o será devida aos magistrados que realizarem substituição por período superior a 3 (três)**

**dias úteis e dar-se-á sem prejuízo de outras vantagens cabíveis previstas em lei, salvo se ambas remunerarem a mesma atividade.**

**Art. 4º O valor da gratificação corresponderá a 1/3 (um terço) do subsídio do magistrado designado à substituição para cada 30 (trinta) dias de exercício de designação cumulativa e será pago pro rata tempore.**

Parágrafo único. A gratificação terá natureza remuneratória, não podendo o seu acréscimo ao subsídio mensal do magistrado implicar valor superior ao subsídio mensal dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Art. 5º A gratificação por exercício cumulativo de jurisdicação compreende a acumulação de juízo e a acumulação de acervo processual.

§ 1º O disposto no caput aplica-se também às hipóteses de acumulação decorrentes de vacância do órgão jurisdicional e às substituições automáticas.

§ 2º As designações para o exercício cumulativo de jurisdição deverão recair em magistrado específico, vedado o pagamento na hipótese do inciso II do art. 6o.

§ 3º Será paga apenas uma gratificação pelo exercício cumulativo de jurisdição, a cada período de ocorrência, ainda que o magistrado acumule, a um só tempo, mais de um juízo ou acervo processual.

Art. 6º Não será devida a gratificação nas seguintes hipóteses:

I – substituição em feitos determinados;

II – atuação conjunta de magistrados; e

III – atuação em regime de plantão.

## 3. CÓDIGO DE ÉTICA DA MAGISTRATURA NACIONAL

O Código de Ética da Magistratura Nacional foi aprovado na 68ª Sessão Ordinária do Conselho Nacional de Justiça, do dia 6 de agosto de 2008 (Processo n. 200820000007337).

De acordo com o art. 103-B, § 4º, I, da Constituição, compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições, zelar pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências.

Da mesma forma, a Lei veda ao magistrado "procedimento incompatível com a dignidade, a honra e o decoro de suas funções" e

comete-lhe o dever de "manter conduta irrepreensível na vida pública e particular" (LC nº 35/79, arts. 35, inciso VIII, e 56, inciso II).

Diante disso, foi criado o Código de Ética da Magistratura Nacional, instrumento essencial para os juízes incrementarem a confiança da sociedade em sua autoridade moral. O aludido ato normativo, como disposto em seu preâmbulo, "traduz compromisso institucional com a excelência na prestação do serviço público de distribuir Justiça e, assim, mecanismo para fortalecer a legitimidade do Poder Judiciário".

Acrescenta-se, ainda, que "é fundamental para a magistratura brasileira cultivar princípios éticos, pois lhe cabe também função educativa e exemplar de cidadania em face dos demais grupos sociais".

A leitura do Código de Ética da Magistratura Nacional é mais do que indicada, razão pela qual o transcrevemos abaixo, ressaltando os seus principais trechos. É possível perceber sua estruturação com base nos princípios elencados no art. 1º – **princípios da independência, da imparcialidade, do conhecimento e capacitação, da cortesia, da transparência, do segredo profissional, da prudência, da diligência, da integridade profissional e pessoal, da dignidade, da honra e do decoro**. Para cada um deles, é previsto um capítulo específico. Vejamos:

CAPÍTULO I
DISPOSIÇÕES GERAIS

> Art. 1º O exercício da magistratura exige conduta compatível com os preceitos deste Código e do Estatuto da Magistratura, norteando-se pelos **princípios** da **independência**, da **imparcialidade**, do **conhecimento** e **capacitação**, da **cortesia**, da **transparência**, do **segredo profissional**, da **prudência**, da **diligência**, da **integridade profissional** e **pessoal**, da **dignidade**, da **honra** e do **decoro**.
>
> Art. 2º Ao magistrado impõe-se primar pelo respeito à Constituição da República e às leis do País, buscando o fortalecimento das instituições e a plena realização dos valores democráticos.
>
> Art. 3º A atividade judicial deve desenvolver-se de modo a garantir e fomentar a dignidade da pessoa humana, objetivando assegurar e promover a solidariedade e a justiça na relação entre as pessoas.

## CAPÍTULO II
## INDEPENDÊNCIA

Art. 4º Exige-se do magistrado que seja **eticamente independente** e que **não interfira, de qualquer modo, na atuação jurisdicional de outro colega**, exceto em respeito às normas legais.

Art. 5º Impõe-se ao magistrado pautar-se no desempenho de suas atividades **sem receber indevidas influências externas e estranhas à justa convicção** que deve formar para a solução dos casos que lhe sejam submetidos.

Art. 6º É dever do magistrado **denunciar qualquer interferência** que vise a limitar sua independência.

Art. 7º A independência judicial implica que ao magistrado é vedado participar de atividade político-partidária.

## CAPÍTULO III
## IMPARCIALIDADE

Art. 8º O magistrado imparcial é aquele que busca nas provas a verdade dos fatos, com objetividade e fundamento, mantendo ao longo de todo o processo uma **distância equivalente das partes**, e **evita todo o tipo de comportamento que possa refletir favoritismo**, predisposição ou preconceito.

Art. 9º Ao magistrado, no desempenho de sua atividade, cumpre **dispensar às partes igualdade de tratamento**, vedada qualquer espécie de injustificada discriminação.

Parágrafo único. Não se considera tratamento discriminatório injustificado:

I – a audiência concedida a apenas uma das partes ou seu advogado, contanto que se assegure igual direito à parte contrária, caso seja solicitado;

II – o tratamento diferenciado resultante de lei.

## CAPÍTULO IV
## TRANSPARÊNCIA

Art. 10. A atuação do magistrado deve ser transparente, **documentando-se seus atos, sempre que possível**, mesmo quando não legalmente previsto, de modo a favorecer sua publicidade, exceto nos casos de sigilo contemplado em lei.

Art. 11. O magistrado, obedecido o segredo de justiça, tem o **dever de informar ou mandar informar aos interessados acerca dos processos sob sua responsabilidade**, de forma útil, compreensível e clara.

Art. 12. Cumpre ao magistrado, na sua **relação com os meios de comunicação social, comportar-se de forma prudente** e **eqüitativa**, e cuidar especialmente:

I – para que não sejam prejudicados direitos e interesses legítimos de partes e seus procuradores;

II – de **abster-se de emitir opinião sobre processo pendente** de julgamento, **seu ou de outrem**, ou juízo depreciativo sobre despachos, votos, sentenças ou acórdãos, de órgãos judiciais, ressalvada a crítica nos autos, doutrinária ou no exercício do magistério

Art. 13. O magistrado deve evitar comportamentos que impliquem a busca injustificada e desmesurada por reconhecimento social, mormente a autopromoção em publicação de qualquer natureza.

Art. 14. Cumpre ao magistrado ostentar conduta positiva e de colaboração para com os órgãos de controle e de aferição de seu desempenho profissional.

## CAPÍTULO V
## INTEGRIDADE PESSOAL E PROFISSIONAL

Art. 15. A integridade de conduta do magistrado fora do âmbito estrito da atividade jurisdicional contribui para uma fundada confiança dos cidadãos na judicatura.

Art. 16. O magistrado **deve comportar-se na vida privada de modo a dignificar a função**, **cônscio de que o exercício da atividade jurisdicional impõe restrições** e **exigências pessoais distintas** das acometidas aos cidadãos em geral.

Art. 17. É dever do magistrado **recusar benefícios** ou vantagens de ente público, de empresa privada ou de pessoa física que possam comprometer sua independência funcional.

Art. 18. Ao magistrado é **vedado usar para fins privados, sem autorização, os bens públicos** ou os meios disponibilizados para o exercício de suas funções.

Art. 19. Cumpre ao magistrado adotar as medidas necessárias para evitar que possa surgir qualquer dúvida razoável sobre a legitimidade de suas receitas e de sua situação econômico-patrimonial.

## CAPÍTULO VI
## DILIGÊNCIA E DEDICAÇÃO

Art. 20. Cumpre ao magistrado velar para que os atos processuais se celebrem com a **máxima pontualidade e para que os processos a seu cargo sejam solucionados em um prazo razoável**, reprimindo toda e qualquer iniciativa dilatória ou atentatória à boa-fé processual.

Art. 21. O magistrado **não deve assumir encargos ou contrair obrigações que perturbem ou impeçam o cumprimento apropriado de suas funções específicas**, ressalvadas as acumulações permitidas constitucionalmente.

§ 1º O magistrado que acumular, de conformidade com a Constituição Federal, o exercício da judicatura com o magistério deve sempre priorizar a atividade judicial, dispensando-lhe efetiva disponibilidade e dedicação.

§ 2º O magistrado, no exercício do magistério, deve observar conduta adequada à sua condição de juiz, tendo em vista que, aos olhos de alunos e da sociedade, o magistério e a magistratura são indissociáveis, e faltas éticas na área do ensino refletirão necessariamente no respeito à função judicial.

## CAPÍTULO VII
## CORTESIA

Art. 22. O magistrado tem o **dever de cortesia para com os colegas, os membros do Ministério Público, os advogados, os servidores, as partes, as testemunhas** e todos quantos se relacionem com a administração da Justiça.

Parágrafo único. Impõe-se ao magistrado a utilização de **linguagem escorreita, polida, respeitosa e compreensível.**

Art. 23. A atividade disciplinar, de correição e de fiscalização serão exercidas sem infringência ao devido respeito e consideração pelos correicionados.

## CAPÍTULO VIII
## PRUDÊNCIA

Art. 24. O magistrado prudente é o que busca adotar **comportamentos e decisões que sejam o resultado de juízo justificado racionalmente**, após haver meditado e valorado os argumentos e contra-argumentos disponíveis, à luz do Direito aplicável.

Art. 25. Especialmente ao proferir decisões, incumbe ao magistrado atuar de forma cautelosa, atento às conseqüências que pode provocar.

Art. 26. O magistrado deve manter **atitude aberta e paciente para receber argumentos ou críticas lançados de forma cortês e respeitosa**, podendo confirmar ou retificar posições anteriormente assumidas nos processos em que atua.

## CAPÍTULO IX
## SIGILO PROFISSIONAL

Art. 27. O magistrado tem o dever de **guardar absoluta reserva, na vida pública e privada, sobre dados ou fatos pessoais de que haja tomado conhecimento no exercício de sua atividade.**

Art. 28.Aos juízes integrantes de órgãos colegiados impõe-se preservar o sigilo de votos que ainda não hajam sido proferidos e daqueles de cujo teor tomem conhecimento, eventualmente, antes do julgamento.

## CAPÍTULO X
## CONHECIMENTO E CAPACITAÇÃO

Art. 29. A **exigência de conhecimento e de capacitação permanente dos magistrados tem como fundamento o direito dos jurisdicionados** e da sociedade em geral à obtenção de um serviço de qualidade na administração de Justiça.

Art. 30. O magistrado bem formado é o que conhece o Direito vigente e desenvolveu as capacidades técnicas e as atitudes éticas adequadas para aplicá-lo corretamente.

Art. 31. A obrigação de formação contínua dos magistrados estende-se tanto às matérias especificamente jurídicas quanto no que se refere aos conhecimentos e técnicas que possam favorecer o melhor cumprimento das funções judiciais.

Art. 32. O conhecimento e a capacitação dos magistrados adquirem uma intensidade especial no que se relaciona com as matérias, as técnicas e as atitudes que levem à máxima proteção dos direitos humanos e ao desenvolvimento dos valores constitucionais.

Art. 33. O magistrado deve facilitar e promover, na medida do possível, a formação dos outros membros do órgão judicial.

Art. 34. O magistrado deve manter uma atitude de colaboração ativa em todas as atividades que conduzem à formação judicial.

Art. 35. O magistrado deve esforçar-se para contribuir com os seus conhecimentos teóricos e práticos ao melhor desenvolvimento do Direito e à administração da Justiça.

Art. 36. É dever do magistrado atuar no sentido de que a instituição de que faz parte ofereça os meios para que sua formação seja permanente.

CAPÍTULO XI

**DIGNIDADE, HONRA E DECORO**

Art. 37. Ao magistrado é **vedado procedimento incompatível com a dignidade, a honra e o decoro de suas funções.**

Art. 38. O magistrado **não deve exercer atividade empresarial, exceto na condição de acionista ou cotista e desde que não exerça o controle ou gerência.**

Art. 39. É **atentatório à dignidade do cargo** qualquer ato ou comportamento do magistrado, no exercício profissional, que implique **discriminação injusta ou arbitrária de qualquer pessoa ou instituição.**

CAPÍTULO XII

**DISPOSIÇÕES FINAIS**

Art. 40. Os preceitos do presente Código complementam os deveres funcionais dos juízes que emanam da Constituição Federal, do Estatuto da Magistratura e das demais disposições legais.

Art. 41. Os Tribunais brasileiros, por ocasião da posse de todo Juiz, entregar-lhe-ão um exemplar do Código de Ética da Magistratura Nacional, para fiel observância durante todo o tempo de exercício da judicatura.

Art. 42. Este Código entra em vigor, em todo o território nacional, na data de sua publicação, cabendo ao Conselho Nacional de Justiça promover-lhe ampla divulgação.

*Brasília, 26 de agosto de 2008*

## 4. SISTEMAS DE CONTROLE INTERNO DO PODER JUDICIÁRIO

O controle interno do Poder Judiciário – ou seja, o controle exercido pelo próprio órgão em relação à atuação dos seus **membros e servidores** – é desenvolvido a partir da conjugação dos seguintes órgãos:

- Conselho Nacional de Justiça (CNJ);
- Conselhos Superiores;
- Corregedorias;
- Ouvidorias.

Seu objetivo não consiste apenas em reprimir e prevenir eventuais ilícitos praticados pelos magistrados no exercício da função, mas também imprimir maior eficiência e efetividade na prestação jurisdicional, incrementando sua agilidade e qualidade. Para isso, é importante compreender a atuação dos órgãos citados acima.

Para os fins da presente obra, impõe-se uma análise didática de cada um deles, enumerando-se as suas principais funções. É o que faremos nos pontos seguintes.

## 4.1. Conselho Nacional de Justiça (CNJ)

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) foi criado pela Emenda Constitucional n. 45/2004, com o objetivo específico de **fiscalizar a atuação administrativa, financeira e disciplinar** do Poder Judiciário. De início, é importante deixar claro que o CNJ **não exerce função jurisdicional**, mas sim administrativa, ficando suas decisões sujeitas a impugnação via mandado de segurança, junto ao Supremo Tribunal Federal.

Logo que criado o aludido órgão, houve uma série de questionamentos sobre sua constitucionalidade, sendo a principal alegação a de que este constituiria um órgão de controle externo ao Poder Judiciário, ofendendo o art. 2º da Constituição, que prevê sua independência. Ao julgar a ADI 3.367, o STF decidiu que a previsão do CNJ é constitucional porque:

- o CNJ não funciona como órgão de controle externo, já que a maioria de seus membros é formada por magistrados – o CNJ é composto por 15 membros, dos quais 9 são juízes;
- o CNJ não exerce jurisdição, não podendo modificar as decisões judiciais. Haveria indevido controle se ele pudesse rever as decisões judiciais.

Assim, concluiu o STF: "são constitucionais as normas que, introduzidas pela EC 45, de 8-12-2004, instituem e disciplinam o CNJ, como órgão administrativo do Poder Judiciário nacional", diante da sua "natureza exclusivamente administrativa" (ADI 3.367, rel. min. Cezar Peluso, j. 13-4-2005, P, DJ de 22-9-2006).

No julgamento da mesma ADI, ficou registrado que "**os Estados-membros carecem de competência constitucional para instituir, como órgão interno ou externo do Judiciário, conselho destinado ao controle da atividade administrativa, financeira ou disciplinar da respectiva Justiça**".

Outrossim, decidiu-se que "**o CNJ não tem nenhuma competência sobre o STF e seus ministros, sendo esse o órgão máximo do Poder Judiciário nacional, a que aquele está sujeito**".

Como disposto no art. 103-B, da Constituição, o CNJ é composto por **15 membros**, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada sua escolha pela maioria absoluta do Senado Federal. Somente o Presidente do STF não é sabatinado, pois a Constituição o considera membro nato do CNJ, ocupando a função de presidente do órgão. Junto ao CNJ atuam o Procurador-Geral da República e o Presidente do Conselho Federal da OAB (art. 103-B, § 6º).

A Constituição garante aos membros do CNJ julgamento pelos crimes de responsabilidade perante o Senado Federal. Quanto às infrações comuns, cada autoridade será julgada conforme sua própria regra individual de prerrogativa de função.

Conforme disposto no art. 103-B, § 4º, da Constituição, compete ao Conselho **o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes**, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura:

i. **zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura**, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências;

ii. zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos

praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União;

iii. **receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares**, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso e determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa;

iv. **representar ao Ministério Público**, no caso de crime contra a administração pública ou de abuso de autoridade;

v. **rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano**[2];

vi. elaborar semestralmente **relatório estatístico sobre processos e sentenças prolatadas**, por unidade da Federação, nos diferentes órgãos do Poder Judiciário;

vii. **elaborar relatório** anual, propondo as providências que julgar necessárias, sobre a situação do Poder Judiciário no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar mensagem do Presidente do Supremo Tribunal Federal a ser remetida ao Congresso Nacional, por ocasião da abertura da sessão legislativa.

---

[2] Vale ressaltar que, conforme decidiu o STF, a competência originária do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) para a apuração disciplinar, ao contrário da revisional, não se sujeita ao parâmetro temporal previsto no art. 103-B, § 4º, V da Constituição Federal ("[...] há menos de um ano"). Decidiu o STF ainda que o CNJ tem preponderância sobre os dos demais órgãos do Poder Judiciário, com exceção do Supremo Tribunal Federal (MS 34685 AgR/RR, rel. Min. Dias Toffoli, julgamento em 28.11.2017).

O § 5º, por sua vez, dispõe que o Ministro do Superior Tribunal de Justiça exercerá a função de **Ministro-Corregedor** e ficará excluído da distribuição de processos no Tribunal, competindo-lhe, além das atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura, as seguintes:

i. **receber as reclamações e denúncias**, de qualquer interessado, relativas aos magistrados e aos serviços judiciários;

ii. **exercer funções executivas** do Conselho, de inspeção e de correição geral;

iii. **requisitar e designar magistrados, delegando-lhes atribuições**, e requisitar servidores de juízos ou tribunais, inclusive nos Estados, Distrito Federal e Territórios.

É possível perceber, portanto, que a atuação do CNJ **não envolve apena aspectos disciplinares e, além disso, sua competência disciplinar não exclui a dos próprios tribunais, nem tampouco pode ser classificada como "subsidiária", já que ausente qualquer condicionamento.** O CNJ é, portanto, um órgão com atribuições administrativas amplas e concorrentes, como já assinalou o STF: "**não há necessidade de exaurimento da instância administrativa ordinária para a atuação do CNJ. Competência concorrente, e não subsidiária**" (MS 28.620, rel. min. Dias Toffoli, j. 23-9-2014, 1ª T, DJE de 8-10-2014).

Por óbvio, os poderes previstos no art. 103-B, § 4º, da Constituição, enfrentaram forte resistência, mediante controle de constitucionalidade no âmbito do STF. A jurisprudência a respeito do tema é vasta, merecendo destaque os seguintes precedentes:

a) "**É regular a designação de juiz auxiliar**, seja ele originário do Judiciário estadual ou federal, **para a condução de sindicância**, por delegação do Corregedor-Nacional de Justiça, ainda que o investigado seja magistrado federal" (MS 28.513, rel. min. Teori Zavascki, j. 15-9-2015, 2ª T, DJE de 28-9-2015);

b) "**O Conselho Nacional de Justiça não dispõe, constitucionalmente, de competência para deliberar sobre situações que alcancem ou que atinjam resoluções e manifestações**

**volitivas emanadas de órgãos e autoridades vinculados a outros Poderes do Estado** e, por isso mesmo, absolutamente estranhos ao âmbito de atribuições institucionais daquele órgão de controle meramente administrativo do Poder Judiciário, ainda que se trate de provimento de cargo de Desembargador pela regra do quinto constitucional (CF, art. 94), pois, em tal hipótese, cuidando-se de procedimento subjetivamente complexo (RTJ 178/220 – RTJ 187/233-234 – RTJ 188/663, v.g.), o ato final de investidura pertence, exclusivamente, a agente público que chefia o Poder Executivo (CF, art. 94, parágrafo único)" (MS 27.033 AgR, rel. min. Celso de Mello, j. 30-6-2015, 2ª T, DJE de 27-10-2015);

c) "Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Processo legislativo instaurado por iniciativa de Tribunal de Justiça. Suposta eiva de inconstitucionalidade. **Impossibilidade de o CNJ, sob alegação de 'aparente vício do projeto original', impor, cautelarmente, ao Presidente do Tribunal de Justiça, que se abstenha de cumprir o diploma legislativo editado.** Limitações que incidem sobre a competência do CNJ (CF, art. 103-B, § 4º). (...) A instauração do processo legislativo como ato de caráter eminentemente político e de extração essencialmente constitucional. Doutrina. A questão do controle de constitucionalidade pelo CNJ. Reconhecimento, pelo relator desta causa, de que há, na matéria, controvérsia doutrinária. Inadmissibilidade, contudo, de referida fiscalização segundo precedentes do STF e do próprio CNJ. Medida cautelar deferida" (MS 32.582 MC, rel. min. Celso de Mello, decisão monocrática, j. 3-2-2014, DJE de 11-2-2014);

d) "(...) esta Suprema Corte em distintas ocasiões já afirmou que **o CNJ não é dotado de competência jurisdicional, sendo mero órgão administrativo. Assim sendo, a Resolução 135, ao classificar o CNJ e o Conselho da Justiça Federal de "tribunal", ela simplesmente disse – até porque mais não poderia dizer – que as normas que nela se contém aplicam-se também aos referidos órgãos"**. (ADI 4.638 MC-REF, rel. min. Marco Aurélio, voto do min. Ricardo Lewandowski, j. 8-2-2012, P, DJE de 30-10-2014);

e) "**A competência originária do CNJ resulta do texto constitucional e independe de motivação do referido órgão, bem como da satisfação de requisitos específicos. A competência do CNJ não se revela subsidiária.** Ressalva do redator do acórdão no sentido de que o STF, por força do princípio da unidade da Constituição e como guardião da Carta Federal, não pode desconsiderar a autoridade do CNJ e a autonomia dos tribunais, por isso que a conciliação possível, tendo em vista a atividade correcional de ambas as instituições, resulta na competência originária do órgão, que pode ser exercida de acordo com os seguintes termos e parâmetros apresentados de forma exemplificativa: a) comprovação da inércia do tribunal local quanto ao exercício de sua competência disciplinar. Nesse contexto, o CNJ pode fixar prazo não inferior ao legalmente previsto de 140 dias [60 dias (art. 152 da Lei 8.112) + 60 dias (art. 152 da Lei 8.112, que admite prorrogação de prazo para a conclusão do PAD) + 20 dias (prazo para o administrador competente decidir o PAD, ex vi do art. 167 da Lei 8.112)] para que as corregedorias locais apurem fatos que cheguem ao conhecimento do órgão, avocando os feitos em caso de descumprimento imotivado do lapso temporal; sem prejuízo da apuração de responsabilidade do órgão correcional local; b) demora irrazoável na condução, pelo tribunal local, de processo administrativo com risco de prescrição; c) falta de quórum para deliberação, por suspeição, impedimentos ou vagas de magistrados do tribunal; d) simulação quanto ao exercício da competência correicional pelo Poder Judiciário local; e) prova da incapacidade de atuação dos órgãos locais por falta de condições de independência, hipóteses nas quais é lícita a inauguração de procedimento pelo referido Conselho ou a avocação do processo; f) a iminência de prescrição de punições aplicáveis pelas corregedorias no âmbito de suas atribuições autoriza o CNJ a iniciar ou avocar processos; g) qualquer situação genérica avaliada motivadamente pelo CNJ que indique a impossibilidade de apuração dos fatos pelas corregedorias autoriza a imediata

avocação dos processos pelo CNJ; h) arquivado qualquer procedimento, disciplinar ou não, da competência das corregedorias, é lícito ao CNJ desarquivá-los e prosseguir na apuração dos fatos; i) havendo conflito de interesses nos tribunais que alcancem dimensão que torne o órgão colegiado local impossibilitado de decidir, conforme avaliação motivada do próprio CNJ, poderá o mesmo avocar ou processar originariamente o feito; j) os procedimentos disciplinares iniciados nas corregedorias e nos tribunais locais deverão ser comunicados ao CNJ dentro do prazo razoável de trinta dias para acompanhamento e avaliação acerca da avocação prevista nas alíneas antecedentes; k) as regras acima não se aplicam aos processos já iniciados, aos em curso e aos extintos no CNJ na data deste julgamento; l) as decisões judiciais pretéritas não são alcançadas pelos parâmetros acima. O instituto da translatio judicii, que realça com clareza solar o princípio da instrumentalidade do processo, viabiliza o aproveitamento dos atos processuais praticados no âmbito do CNJ pelo órgão correicional local competente para decidir a matéria. Denegação da segurança, mantendo-se a decisão do CNJ com o aproveitamento de todas as provas já produzidas" (MS 28.003, rel. p/ o ac. min. Luiz Fux, j. 8-2-2012, P, DJE de 31-5-2012);

f) "O CNJ, embora integrando a estrutura constitucional do Poder Judiciário como órgão interno de controle administrativo, financeiro e disciplinar da magistratura – excluídos, no entanto, do alcance de referida competência, o próprio STF e seus ministros (ADI 3.367/DF) –, qualifica-se como instituição de caráter eminentemente administrativo, **não dispondo de atribuições funcionais que lhe permitam, quer colegialmente, quer mediante atuação monocrática de seus conselheiros ou, ainda, do corregedor nacional de justiça, fiscalizar, reexaminar e suspender os efeitos decorrentes de atos de conteúdo jurisdicional emanados de magistrados e tribunais em geral, razão pela qual se mostra arbitrária e destituída de legitimidade jurídico-constitucional a deliberação do corregedor nacional de**

**justiça que, agindo ultra vires, paralise a eficácia de decisão que tenha concedido mandado de segurança"** (MS 28.611 MC-AgR, rel. min. Celso de Mello, j. 14-10-2010, P, DJE de 1º-4-2011).

g) "Detendo o CNJ atribuições simplesmente administrativas, **revela-se imprópria declaração a alcançar acordo judicial"** (MS 27.708, rel. min. Marco Aurélio, j. 29-10-2009, P, DJE de 21-5-2010);

h) "**O CNJ pode, no lídimo exercício de suas funções, regulamentar condutas e impor a toda magistratura nacional o cumprimento de obrigações de essência puramente administrativa. A determinação aos magistrados de inscrição em cadastros ou sítios eletrônicos, com finalidades estatística, fiscalizatória ou, então, de viabilizar a materialização de ato processual insere-se perfeitamente nessa competência regulamentar.** Inexistência de violação à convicção dos magistrados, que remanescem absolutamente livres para determinar ou não a penhora de bens, decidir se essa penhora recairá sobre este ou aquele bem e, até mesmo, deliberar se a penhora de numerário se dará ou não por meio da ferramenta denominada "BACEN JUD". A necessidade de prévio cadastramento é medida puramente administrativa que tem, justamente, o intuito de permitir ao Poder Judiciário as necessárias agilidade e efetividade na prática de ato processual, evitando, com isso, possível frustração dos objetivos pretendidos, dado que o tempo, no processo executivo, corre em desfavor do credor. A "penhora on line" é instituto jurídico, enquanto "BACEN JUD" é mera ferramenta tendente a operacionalizá-la ou materializá-la, através da determinação de constrição incidente sobre dinheiro existente em conta-corrente bancária ou aplicação financeira em nome do devedor, tendente à satisfação da obrigação. Ato administrativo que não exorbita, mas, ao contrário, insere-se nas funções que constitucionalmente foram atribuídas ao CNJ" (MS 27.621, rel. p/ o ac. min. Ricardo Lewandowski, j. 7-12-2011, P, DJE de 11-5-2012);

i) "O CNJ, embora seja órgão do Poder Judiciário, nos termos do art. 103-B, § 4º, II, da CF, possui, tão somente, atribuições de natureza administrativa e, nesse sentido, **não lhe é permitido apreciar a constitucionalidade dos atos administrativos, mas somente sua legalidade**" (MS 28.872 AgR, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 24-2-2011, P, DJE de 18-3-2011);

j) "A) O art. 103-B, § 4º, da Constituição dá competência ao CNJ para fazer o controle da atuação administrativa dos tribunais, **e o exame dos requisitos para a instauração do processo disciplinar faz parte de tal controle**. A cisão sindicância-processo disciplinar é apenas de procedimento, mas a sequência processual continua íntegra; B) **se o CNJ somente pudesse examinar os processos disciplinares efetivamente instaurados, sua função seria reduzida à de órgão revisor de decisões desfavoráveis aos magistrados.** Isso porque a decisão negativa de instauração do processo disciplinar pelos tribunais de justiça e pelos tribunais regionais federais teria eficácia bloqueadora de qualquer iniciativa do CNJ. B1) O Regimento Interno do CNJ não poderia reduzir-lhe a competência constitucional; (...) D) Não há disparidade entre o que disposto na portaria de instauração da sindicância e da decisão pelo CNJ, pois a circunstância de a menina ser menor foi irrelevante. Os fatos em comum examinados tanto no TJ/PA como no CNJ são dois: (a) a circunstância de deixar mulher encarcerada com homens e (b) a fraude ou falsidade ideológica" (MS 28.102, rel. min. Joaquim Barbosa, j. 14-6-2012, P, DJE de 4-6-2013);

k) "**Compete ao plenário do CNJ instaurar, de ofício, processo de revisão disciplinar (art. 86 do RICNJ), consistindo o posterior despacho do Corregedor Nacional de Justiça mera execução material da decisão administrativa**. O julgamento pelo plenário do CNJ ocorreu em data anterior ao decurso do prazo disposto no inciso V do § 4º do art. 103-B da Constituição Federal, razão pela qual não se con-

figura a decadência do direito do Poder Público de instaurar o procedimento. A instauração de ofício foi motivada nos elementos do processo disciplinar objeto da revisão, os quais eram de conhecimento do impetrante, uma vez que os autos se encontravam apensados ao processo revisional. Não houve violação da garantia constitucional do devido processo legal" (MS 28.127, rel. min. Dias Toffoli, j. 25-6-2014, 1ª T, DJE de 7-10-2014);

l) "**O prazo estabelecido no art. 103-B, § 4º, V, da Constituição da República para o CNJ rever processo disciplinar instaurado contra magistrado começa a fluir da publicação da decisão do TJ em órgão oficial**" (MS 26.540, rel. min. Cármen Lúcia, j. 24-6-2014, 2ª T, DJE de 1º-8-2014);

m) "**O pedido de revisão disciplinar para o CNJ deve ser feito até um ano após o julgamento do processo disciplinar pelo respectivo Tribunal, nos termos do art. 103-B, § 4º, V, da Constituição.** Dessa forma, esgotado tal prazo só restará ao interessado socorrer-se da via judicial para discutir a punição que lhe foi aplicada." (MS 27.767 AgR, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 23-3-2011, P, DJE de 8-4-2011).

## 4.2. Conselhos Superiores

A Constituição da República alude expressamente ao **Conselho da Justiça Federal** (art. 105, parágrafo único, II) e ao **Conselho Superior da Justiça do Trabalho** (art. 111-A, § 2º, II), ambos com funções de supervisão administrativa.

Quanto ao primeiro deles, dispõe a Constituição que o Conselho da Justiça Federal (**CJF**) funcionará junto ao Superior Tribunal de Justiça, cabendo-lhe exercer, na forma da lei, a **supervisão administrativa** e **orçamentária da Justiça Federal de primeiro e segundo graus**, como órgão central do sistema e com poderes correcionais, cujas decisões terão caráter vinculante.

O CJF é disciplinado pela Lei n. 11.798/2008, que estabelece a seguinte composição:

Art. 2º O Conselho da Justiça Federal será integrado:

I – pelo **Presidente e pelo Vice-Presidente do Superior Tribunal de Justiça**;

II – por **3 (três) Ministros**, eleitos entre os integrantes do **Superior Tribunal de Justiça**, juntamente com seus suplentes;

III – pelos Presidentes dos Tribunais Regionais Federais, que serão substituídos em suas faltas ou impedimentos pelos respectivos Vice--Presidentes.

§ 1º Terão direito a assento no Conselho da Justiça Federal, sem direito a voto, os Presidentes do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e da Associação dos Juízes Federais do Brasil – AJUFE, que indicarão os seus suplentes.

§ 2º A Presidência do Conselho da Justiça Federal será exercida pelo Presidente do Superior Tribunal de Justiça, que será substituído, em suas faltas ou impedimentos, pelo Vice-Presidente do Superior Tribunal de Justiça.

§ 3º Os Conselheiros terão mandato de 2 (dois) anos, vedada a investidura daqueles que, por mandamento constitucional, legal ou regimental, permanecerão por menos de 6 (seis) meses na função.

§ 4º Não se aplica a regra do § 3o deste artigo aos Presidentes do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais.

§ 5º É vedada a recondução de Conselheiros.

§ 6º **A Corregedoria-Geral da Justiça Federal será dirigida pelo mais antigo dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça que integrar o Conselho da Justiça Federal**, à exceção do Presidente e do Vice-Presidente.

§ 7º O Corregedor-Geral será substituído, em suas faltas ou impedimentos, pelos demais Conselheiros Ministros do Superior Tribunal de Justiça, respeitada a ordem de antigüidade.

§ 8º O Conselho da Justiça Federal reunir-se-á ordinariamente 1 (uma) vez por mês, durante o ano judiciário, e, extraordinariamente, sempre que for necessário, por convocação de seu Presidente, exigida, em ambos os casos, a presença mínima de 7 (sete) Conselheiros.

§ 9º As decisões do Conselho da Justiça Federal serão tomadas pelo voto da maioria entre os presentes, prevalecendo, em caso de empate, o voto proferido pelo Presidente.

Importante notar o que dispõe o § 6º do supracitado art. 2º, atribuindo a Corregedoria-Geral da Justiça Federal ao mais antigo dos Ministros do STJ que integrar o CJF. Há, portanto, uma Corregedoria

junto ao CJF. Quanto às **atribuições do CJF**, elas estão previstas no art. 50 da Lei, que prevê um rol amplo:

> Art. 5º Ao Conselho da Justiça Federal compete:
>
> **I – examinar e encaminhar ao Superior Tribunal de Justiça:**
>
> *a)* **proposta** de **criação ou extinção de cargos** e fixação de **vencimentos** e **vantagens** dos **juízes** e **servidores** da Justiça Federal de primeiro e segundo graus;
>
> *b)* proposta de **criação** ou **extinção** de **Tribunais Regionais Federais** e de alteração do número de seus membros;
>
> **II – aprovar sugestões de alteração da legislação relativa às matérias de competência da Justiça Federal;**
>
> **III – expedir normas** relacionadas ao **sistema de administração judiciária da Justiça Federal** de primeiro e segundo graus, constante do art. 3º desta Lei;
>
> IV – apreciar, de ofício, ou a requerimento de magistrado federal, as decisões administrativas dos Tribunais Regionais Federais que contrariarem a legislação vigente e as normas editadas com base no inciso II do caput deste artigo;
>
> V – homologar, na forma regimental, como condição de eficácia, as decisões dos Tribunais Regionais Federais que implicarem aumento de despesas;
>
> VI – aprovar as propostas orçamentárias e os pedidos de créditos adicionais do Conselho da Justiça Federal, dos Tribunais Regionais Federais e da Justiça Federal de primeiro grau;
>
> VII – prover, por concurso público, os cargos necessários à sua administração, ressalvados os cargos em comissão, declarados em lei de livre nomeação e exoneração;
>
> VIII – avocar processos administrativos em curso;
>
> IX – julgar processos administrativos disciplinares relativos a membros dos Tribunais Regionais Federais, imputando, quando for o caso, as penalidades cabíveis, assegurados a ampla defesa e o contraditório;
>
> X – **representar ao Ministério Público** para a promoção das ações judiciais cabíveis contra magistrados, inclusive com vistas na propositura de ação civil para a decretação de perda de cargo ou de cassação de aposentadoria;
>
> XI – **decidir, em grau de recurso, as matérias relacionadas aos direitos e deveres dos servidores de sua Secretaria e dos juízes, quando a esses for aplicada sanção em processo disciplinar decidido pelo Tribunal Regional Federal;**

> XII – zelar pelo cumprimento das decisões do Conselho Nacional de Justiça, no âmbito da Justiça Federal.
>
> Parágrafo único. O Conselho da Justiça Federal possui poder correicional e as suas decisões terão caráter vinculante, no âmbito da Justiça Federal de primeiro e segundo graus.

Dentre as atribuições expostas, merecem destaque aquelas que atribuem ao CJF a tarefa de julgar processos administrativos disciplinares relativos **a membros dos Tribunais Regionais Federais** (**desembargadores** federais), imputando, quando for o caso, as penalidades cabíveis (inciso IX).

Quanto aos **juízes de primeira instância**, o CJF possui competência recursal, cabendo-lhe decidir, em grau de recurso, as matérias relacionadas aos direitos e deveres dos servidores de sua Secretaria e dos juízes, quando a eles for aplicada sanção em processo disciplinar decidido pelo Tribunal Regional Federal (inciso XI).

Convém expor também as funções que a lei reserva à **Corregedoria-Geral da Justiça Federal**, destacando-se as de promover sindicâncias, inspeções e correições para apurar reclamações, representações e denúncias fundamentadas de qualquer interessado, relativas aos **magistrados de segundo grau** (desembargadores dos Tribunais Regionais Federais), submetendo ao Plenário para deliberação:

> Art. 6º À Corregedoria-Geral da Justiça Federal, órgão de fiscalização, controle e orientação normativa da Justiça Federal de primeiro e segundo graus, compete:
>
> I – **exercer a supervisão técnica e o controle da execução das deliberações do Conselho da Justiça Federal**;
>
> II – encaminhar ao conhecimento dos Presidentes dos Tribunais Regionais Federais propostas de ações relativas aos sistemas que integram a Justiça Federal e submetê-las à aprovação do Conselho da Justiça Federal;
>
> III – **realizar inspeção e correição permanentes ou periódicas, ordinárias ou extraordinárias, gerais ou parciais, sobre os Tribunais Regionais Federais, conforme o Regimento Interno do Conselho da Justiça Federal**;
>
> IV – **promover sindicâncias, inspeções e correições para apurar reclamações, representações e denúncias fundamentadas de qualquer**

**interessado, relativas aos magistrados de segundo grau, submetendo ao Plenário para deliberação;**

V – submeter ao Conselho da Justiça Federal provimentos destinados a disciplinar condutas a serem adotadas pelos órgãos judiciários da Justiça Federal de primeiro e segundo graus.

Parágrafo único. A Corregedoria-Geral da Justiça Federal deverá valer-se do apoio das unidades administrativas do Conselho da Justiça Federal.

Com efeito, no julgamento da ADI n. 3.126, que teve por objeto a Resolução n. 336/2003, do CJF, o STF confirmou a sua atribuição para regular temas como o acúmulo do exercício da magistratura com o exercício do magistério, no âmbito da Justiça Federal de primeiro e segundo graus, desde que respeitadas as disposições constitucionais (ADI 3.126 MC, rel. min. Gilmar Mendes, j. 17-2-2005, P, DJ de 6-5-2005).

Em seu turno, o **Conselho Superior da Justiça do Trabalho** (**CSJT**) funciona junto ao Tribunal Superior do Trabalho, cabendo-lhe exercer, na forma da lei, a **supervisão administrativa**, **orçamentária**, **financeira** e **patrimonial** da Justiça do Trabalho de primeiro e segundo graus, como órgão central do sistema, cujas decisões terão efeito vinculante (art. 111-A, § 2º, II, da CRFB/88).

De início, é importante perceber que a Constituição optou por não ofertar ao CSJT "poderes correcionais", ao contrário do que fez expressamente em relação ao CJF. Justamente por isso, o art. 12 do seu Regimento Interno prevê apenas uma atribuição disciplinar, que recai sobre servidores (e não membros) da Justiça do Trabalho de primeiro e segundo graus: "apreciar processo administrativo disciplinar envolvendo servidor da Justiça do Trabalho de primeiro e segundo graus, exclusivamente no caso de ausência de quórum no Tribunal Regional do Trabalho originariamente competente para julgar a matéria" (inciso XVI).

Conforme o art. 2º do seu Regimento Interno, o **CSJT** é integrado pelo Presidente e Vice-Presidente do Tribunal Superior do Trabalho e pelo Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho, membros natos. Além disso, também é composto por três ministros eleitos pelo Pleno do Tribunal Superior do Trabalho e cinco presidentes de Tribunais Regionais do Trabalho, cada um deles representando uma das cinco regiões do país (sul, sudeste, centro-oeste, nordeste e norte).

Apesar de o CSJT não possuir os mesmos poderes disciplinares do CJF, é importante destacar a existência de uma Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho junto ao Tribunal Superior do Trabalho, que tem por objetivo a fiscalização, disciplina e orientação administrativa dos tribunais regionais do trabalho, seus juízes e serviços judiciários. Suas funções estão previstas inicialmente no art. 709 da CLT:

> Art. 709 – Compete ao Corregedor, eleito dentre os Ministros togados do Tribunal Superior do Trabalho:
>
> I – **Exercer funções de inspeção e correição permanente com relação aos Tribunais Regionais e seus presidentes**;
>
> II – **Decidir reclamações contra os atos atentatórios da boa ordem processual praticados pelos Tribunais Regionais e seus presidentes, quando inexistir recurso específico**; (Redação dada pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967)

Por fim, cabe ressaltar que a LOMAN prevê também a possibilidade de serem instituídos Conselhos da Magistratura, como órgãos no âmbito dos tribunais locais, com função disciplinar e competências estabelecidas em regimento interno:

> Art. 104 – Haverá nos Tribunais de Justiça um Conselho da Magistratura, com função disciplinar, do qual serão membros natos o Presidente, o Vice-Presidente e o Corregedor, não devendo, tanto quanto possível, seus demais integrantes ser escolhidos dentre os outros do respectivo órgão especial, onde houver. A composição, a competência e o funcionamento desse Conselho, que terá como órgão superior o Tribunal Pleno ou o órgão especial, serão estabelecidos no Regimento Interno.

## 4.3. Corregedorias

Como é possível observar, as corregedorias são órgãos vinculados aos respectivos tribunais superiores, inferiores, bem como ao CNJ (**Corregedoria Nacional de Justiça**). Tais órgãos não se encontram regulamentados pela Constituição, mas apenas na legislação infraconstitucional.

Suas funções não são apenas de caráter punitivo, competindo-lhes também expedir atos normativos gerais (recomendações, provimentos,

instruções, orientações etc.) para o aperfeiçoamento das atividades dos órgãos do Poder Judiciário e de seus serviços auxiliares e dos serviços notariais e de registro, sobre matéria relacionada com a sua competência. Também merece destaque o fato de que, ordinariamente, as corregedorias não aplicam sanções diretamente aos magistrados, competindo-lhes, em regra, instaurar sindicância ou propor ao Plenário a instauração de processo administrativo disciplinar, cabendo ao colegiado a aplicação de tais sanções. Veremos isso abaixo.

A **Corregedoria Nacional de Justiça**, vinculada ao CNJ, é dirigida pelo Corregedor Nacional de Justiça, cuja função será exercida pelo Ministro do Superior Tribunal de Justiça, que ficará excluído da distribuição de processos judiciais no âmbito do seu Tribunal. Suas atribuições se encontram no art. 8º do Regimento interno do CNJ, com os seguintes destaques:

> Art. 8º Compete ao Corregedor Nacional de Justiça, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura:
>
> I – **receber as reclamações e denúncias de qualquer interessado relativas aos magistrados e Tribunais e aos serviços judiciários auxiliares, serventias, órgãos prestadores de serviços notariais e de registro, determinando o arquivamento sumário das anônimas, das prescritas e daquelas que se apresentem manifestamente improcedentes ou despidas de elementos mínimos para a sua compreensão, de tudo dando ciência ao reclamante;**
>
> II – **determinar o processamento das reclamações que atendam aos requisitos de admissibilidade**, arquivando-as quando o fato não constituir infração disciplinar;
>
> III – **instaurar sindicância ou propor, desde logo, ao Plenário a instauração de processo administrativo disciplinar, quando houver indício suficiente de infração;**
>
> IV – **promover ou determinar a realização de sindicâncias, inspeções e correições, quando houver fatos graves ou relevantes** que as justifiquem, desde logo determinando as medidas que se mostrem necessárias, urgentes ou adequadas, ou propondo ao Plenário a adoção das medidas que lhe pareçam suficientes a suprir as necessidades ou deficiências constatadas;
>
> V – requisitar das autoridades fiscais, monetárias e de outras autoridades competentes informações, exames, perícias ou documentos, sigilosos ou não, imprescindíveis ao esclarecimento de processos ou procedimentos submetidos à sua apreciação, dando conhecimento ao Plenário;

VI – requisitar magistrados para auxílio à Corregedoria Nacional de Justiça, delegando-lhes atribuições, observados os limites legais;

VII – requisitar servidores do Poder Judiciário e convocar o auxílio de servidores do CNJ, para tarefa especial e prazo certo, para exercício na Corregedoria Nacional de Justiça, podendo delegar-lhes atribuições nos limites legais;

VIII – elaborar e apresentar relatório anual referente às atividades desenvolvidas pela Corregedoria Nacional de Justiça na primeira sessão do ano seguinte;

IX – apresentar ao Plenário do CNJ, em quinze (15) dias de sua finalização, relatório das inspeções e correições realizadas ou diligências e providências adotadas sobre qualquer assunto, dando-lhe conhecimento das que sejam de sua competência própria e submetendo à deliberação do colegiado as demais;

X – **expedir Recomendações, Provimentos, Instruções, Orientações e outros atos normativos destinados ao aperfeiçoamento das atividades dos órgãos do Poder Judiciário e de seus serviços auxiliares e dos serviços notariais e de registro, bem como dos demais órgãos correicionais, sobre matéria relacionada com a competência da Corregedoria Nacional de Justiça**;

XI – propor ao Plenário do CNJ a expedição de recomendações e a edição de atos regulamentares que assegurem a autonomia, a transparência e a eficiência do Poder Judiciário e o cumprimento do Estatuto da Magistratura;

XII – executar, de ofício ou por determinação, e fazer executar as ordens e deliberações do CNJ relativas à matéria de sua competência;

XIII – dirigir-se, no que diz respeito às matérias de sua competência, às autoridades judiciárias e administrativas e aos órgãos ou às entidades, assinando a respectiva correspondência;

XIV – indicar ao Presidente, para fins de designação ou nomeação, o nome dos ocupantes de função gratificada ou cargo em comissão no âmbito da Corregedoria Nacional de Justiça, cabendo àquele dar-lhes posse;

XV – **promover a criação de mecanismos e meios para a coleta de dados necessários ao bom desempenho das atividades da Corregedoria Nacional de Justiça**;

XVI – **manter contato direto com as demais Corregedorias do Poder Judiciário**;

XVII – promover reuniões periódicas para estudo, acompanhamento e sugestões com os magistrados envolvidos na atividade correicional;

XVIII – delegar, nos limites legais, aos demais Conselheiros, aos Juízes Auxiliares ou aos servidores expressamente indicados, atribuições sobre questões específicas;

XIX – solicitar aos órgãos dos Poderes Executivo e Legislativo, ou a entidade pública, a cessão temporária por prazo certo, sem ônus para o CNJ, de servidor detentor de conhecimento técnico especializado, para colaborar na instrução de procedimento em curso na Corregedoria Nacional de Justiça;

XX – **promover de ofício, quando for o caso de urgência e relevância, ou propor ao Plenário, quaisquer medidas com vistas à eficácia e ao bom desempenho da atividade judiciária e dos serviços afetos às serventias e aos órgãos prestadores de serviços notariais e de registro**;

XXI – promover, constituir e manter bancos de dados, integrados a banco de dados central do CNJ, atualizados sobre os serviços judiciais e extrajudiciais, inclusive com o acompanhamento da respectiva produtividade e geração de relatórios visando ao diagnóstico e à adoção de providências para a efetividade fiscalizatória e correicional, disponibilizando seus resultados aos órgãos judiciais ou administrativos a quem couber o seu conhecimento.

A Corregedoria-Geral da Justiça Federal e a Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho já foram analisadas no ponto anterior. Também são comumente denominadas Corregedorias-Gerais aquelas que atuam no âmbito dos tribunais inferiores (tribunais de justiça, tribunais regionais federais, do trabalho etc.). A título de exemplo, no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, há uma Corregedoria-Geral da Justiça, com a função, dentre outras, de fiscalização, em caráter geral e permanente, das atividades dos órgãos e serviços judiciários de **primeira instância**, assim como das atividades das delegações notariais e de registros.

No âmbito do Regimento Interno do Tribunal Regional da 1ª Região, são estabelecidas as seguintes competências:

Art. 24. Ao corregedor-geral compete:

I – exercer as atividades de **correição da Justiça Federal de primeiro grau**;

II – **fiscalizar e superintender as atividades relativas ao aperfeiçoamento, à disciplina e à estatística forense da primeira ins-**

> **tância**, adotando, desde logo, as medidas adequadas à eliminação de erros e abusos;
>
> III – **proceder a sindicâncias e correições gerais ou parciais, quando verificar que, em alguma seção ou juízo, se praticam erros ou omissões que prejudiquem a distribuição da justiça, a disciplina e o prestígio da Justiça Federal**;
>
> IV – examinar e relatar pedidos de correição parcial e justificação de conduta de juízes federais e de juízes federais substitutos;
>
> V – **proceder a sindicâncias relacionadas com faltas atribuídas a juízes federais e juízes federais substitutos puníveis com advertência ou censura, observado o disposto no art. 139 deste regimento**;
>
> VI – **impor as penalidades de censura, advertência e suspensão, até trinta dias, aos <u>servidores</u> da Justiça Federal sem prejuízo da competência dos juízes federais, dos diretores de foro e do Plenário**;
>
> VII – adotar, ad referendum da Corte Especial Administrativa, provimentos necessários ao regular funcionamento dos serviços forenses da primeira instância;
>
> VIII – expedir instruções e orientações normativas destinadas ao aperfeiçoamento, à padronização e racionalização dos serviços forenses da primeira instância;
>
> IX – designar os servidores que o assessorarão ou servirão de secretário nas inspeções, correições gerais e extraordinárias ou nas sindicâncias e inquéritos que presidir, podendo requisitá-los da Secretaria do Tribunal ou das seções judiciárias;
>
> X – **realizar sindicâncias**;
>
> XI – **expedir instruções normativas para o funcionamento dos serviços da Corregedoria**;
>
> XII – encaminhar ao presidente, até 15 de janeiro, relatório circunstanciado dos serviços afetos à Corregedoria;
>
> XIII – determinar a sindicância da vida pregressa dos candidatos nos concursos para provimento de cargo de juiz federal substituto e providenciar a realização de exames psicotécnicos;
>
> XIV – **autorizar o afastamento, por menos de trinta dias, de juiz federal ou de juiz federal substituto comunicando à presidência do Tribunal**.

Perceba, portanto, que as atribuições disciplinares das corregedorias locais recai, em regra, sobre juízes de primeiro grau e servidores, mas não sobre desembargadores. Além disso, é possível a aplicação de sanções diretamente pela corregedoria apenas aos servidores.

Quanto às sanções aplicáveis aos magistrados, no âmbito do TRF1, cuida-se de atribuição da Corte Especial Administrativa:

> Art. 11. Compete à Corte Especial Administrativa:
>
> X – impor penas de advertência e censura aos juízes federais e juízes federais substitutos, bem como decidir sobre sanções disciplinares aos servidores do Tribunal e da Justiça Federal de primeira instância, na forma da lei, sem prejuízo da competência do corregedor-geral;

Na mesma linha, dispõe o recém-reformado Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia:

> Art. 89 – Ao Corregedor Geral, além da **correição, inspeção e fiscalização permanentes do serviço judiciário e dos atos dos Juízes e Servidores das Comarcas de Entrância Final e da sua Secretaria, compete**:
>
> I – integrar o Tribunal Pleno e o Conselho da Magistratura;
>
> II – realizar correições parciais e extraordinárias, bem como inspeções nas Comarcas de Entrância Final, quando entender necessárias ou quando determinadas pelo Tribunal Pleno ou pelo Conselho da Magistratura;
>
> III – superintender e presidir, no primeiro grau, a distribuição dos feitos nas Comarcas de Entrância Final, podendo delegar tais atribuições a Juiz de Direito auxiliar ou ao Juiz Diretor do Fórum da respectiva Comarca;
>
> IV – conhecer de representação contra Servidores das Comarcas de Entrância Final, inclusive os lotados nos Juizados Especiais e demais Órgãos integrantes dos serviços auxiliares da Secretaria do Tribunal de Justiça;
>
> V – praticar todos os atos relativos à posse, matrícula, concessão de férias e licença e consequente substituição dos Servidores da Secretaria da Corregedoria e dos Servidores das Comarcas de Entrância Final;
>
> VI – propor ao Presidente do Tribunal de Justiça a realização de concursos para provimento de cargos de Servidores;
>
> VII – informar os pedidos de permuta, remoção e transferência dos Servidores da Justiça;
>
> VIII – representar ao Conselho da Magistratura sobre a remoção compulsória de Servidor;
>
> IX – designar Servidores e auxiliares para as Serventias em que devam ter exercício dentro da mesma Comarca;

X – instaurar, ex officio, processo de aposentadoria por invalidez ou implemento de idade contra Servidores lotados nas Comarcas de Entrância Final;

XI – decidir representações e reclamações relativas aos serviços judiciários ou encaminhá-las aos Órgãos competentes para fazê-lo;

XII – instaurar sindicâncias e propor a instauração de processos administrativos;

XIII – representar ao Tribunal Pleno sobre a declaração de incapacidade de Magistrado em virtude de invalidez ou a necessidade de sua aposentadoria por implemento de idade;

XIV – delegar a Juiz de Direito de igual entrância ou superior, em casos excepcionais, a correição parcial que versar sobre ato de outro Magistrado vitalício;

XV – delegar poderes aos Magistrados de primeiro grau, para procederem a diligências nos processos em curso na Corregedoria;

XVI – determinar, independentemente de reclamação, a restituição de custas e salários, impondo as penas legais, sempre que notar abusos em autos ou papéis que lhe forem apresentados;

XVII – elaborar o Regimento Interno da Corregedoria, em conjunto com o Corregedor das Comarcas do Interior, submetendo-o à aprovação do Tribunal Pleno;

XVIII – propor ao Tribunal Pleno a organização dos serviços da Secretaria da Corregedoria;

XIX – baixar provimentos relativos aos serviços judiciários, regulando, especialmente, o uso de livros de folhas soltas, de distribuição de feitos e de registro de reconhecimento de firmas; depósito e guarda de bens e valores, bem assim contagem de custas, sem prejuízo das atribuições dos Juízes;

**XX – dar instruções aos Juízes, respondendo às suas consultas, sobre matéria administrativa;**

XXI – propor a designação de Juiz para auxiliar Vara ou Comarca;

XXII – inspecionar estabelecimentos prisionais e de internamento de crianças e adolescentes;

XXIII – apresentar ao Tribunal Pleno, até 31 de dezembro, relatório das correições realizadas durante o ano;

XXIV – informar, nos autos de pedido de inscrição para promoção ou remoção, se o Juiz reside na sede da Comarca, se responde a processo disciplinar, se de sua folha funcional constam elogios ou penalidades e a produção por ele informada, nos últimos 2 (dois) anos;

XXV – abrir e encerrar os livros da Corregedoria;

XXVI – apreciar, nos Cartórios, o estado do arquivo, as condições de higiene e a ordem dos trabalhos, dando aos Servidores as instruções convenientes;

XXVII – examinar autos, livros e papéis, apontando nulidades, erros, falhas, irregularidades, omissões e promovendo o seu suprimento, se for o caso;

XXVIII – verificar, determinando providências:

*a)* se os títulos de nomeação dos Juízes e Servidores se revestem das formalidades legais;

*b)* se o exercício de cargo, função ou emprego é regular, bem assim o afastamento que houver;

*c)* se a posse, assunção de exercício e afastamento têm sido comunicados ao Tribunal;

*d)* se existe acumulação proibida de cargos.

XXIX – baixar normas e determinar medidas capazes de uniformizar e padronizar os serviços administrativos das Varas da Infância e da Juventude nas Comarcas do Estado em conjunto com a Corregedoria do Interior;

XXX – expedir, mediante provimento, as instruções necessárias ao relacionamento das Varas da Infância e da Juventude com Órgãos e entidades ligados aos problemas do menor;

XXXI – fixar o número de Agentes Voluntários de Proteção à Infância e à Juventude e autorizar seu credenciamento pelo Juiz;

XXXII – criar cadastro de Leiloeiros, Tradutores, Peritos, Comissários e Síndicos, habilitados a atuar como auxiliares do Juiz nos feitos em que sua presença se faça necessária;

XXXIII – designar Substitutos entre Servidores nos casos de vacância e nas faltas e impedimentos iguais ou superiores a 30 (trinta) dias;

XXXIV – locomover-se, no exercício das suas funções, por deliberação própria, do Tribunal Pleno ou do Conselho da Magistratura, para o local onde devam apurar fatos relativos à administração da Justiça;

XXXV – dirigir-se a qualquer lugar onde a regularização do serviço da Justiça reclame sua presença;

XXXVI – tomar em consideração, na medida de suas competências, as representações contra abusos, erros ou omissões das autoridades judiciárias, de seus auxiliares e dos Servidores da Secretaria da Corregedoria, determinando reduzir a termo as não formuladas por escrito, adotando as providências necessárias à sua apuração;

XXXVII – apresentar, anualmente, até o dia 10 (dez) de janeiro, ao Presidente do Tribunal, o relatório anual dos trabalhos a seu cargo, que integrará o da Presidência;

XXXVIII – propor a punição do Juiz de Direito que deixar de atender ao disposto no Art. 39 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional;

XXXIX – solicitar, excepcionalmente, ao Tribunal Pleno a designação de Juízes, sem prejuízo de suas funções judicantes, para auxiliá-lo, em situações concretas, nas diligências a que tiver de proceder nas Comarcas de Entrância Final;

XL – adotar as devidas providências com o objetivo de impedir que os Juízes de Direito:

*a)* residam fora da sede da Comarca, salvo autorização do Tribunal;

*b)* deixem de atender às partes a qualquer momento, quando se tratar de assunto urgente;

*c)* excedam prazos processuais;

*d)* demorem na execução de atos e diligências judiciais;

*e)* maltratem as partes, testemunhas, Servidores e demais auxiliares da Justiça;

*f)* deixem de presidir, pessoalmente, as audiências e os atos nos qu**ais a lei exige sua presença;**

*g)* **deixem de exercer assídua fiscalização sobre seus subordi**nados, especialmente no que se refere à cobrança;

de custas e emolumentos, embora não haja reclamação das partes;

*h)* freque**ntem lugares onde sua presença possa diminuir a confiança pública na Justiça;**

*i)* **cometam repetidos erros de ofício, denotando incapacidade, desídia ou pouca dedicação ao estudo;**

*j)* **pratiquem, no exercício de suas funções ou fora delas, faltas que prejudiquem a dignidade do cargo.**

XLI – exercer quaisquer outras atribuições conferidas em Lei, neste Regimento e no Regimento Interno da Corregedoria Geral de Justiça.

## 4.4. Ouvidorias

As ouvidorias consistem em órgãos de interlocução com o público externo à estrutura pública, possibilitando o encaminhamento de dúvidas, solicitações, reclamações e sugestões. No âmbito do CNJ, foi criada a **Ouvidoria do Conselho Nacional de Justiça,** que se apresenta como “um canal de comunicação direta” entre o cidadão

e o Conselho. Seu objetivo consiste, sumariamente, em orientar, transmitir informações e colaborar no aprimoramento das atividades desenvolvidas pelo Conselho e pelo Poder Judiciário.

Também existem ouvidorias junto aos demais tribunais e diversos outros órgãos públicos, funcionando como importantes **instrumentos participação social e de construção da democracia**, ao permitir a atuação dos cidadãos no controle da qualidade dos serviços públicos.

Uma vez recebido determinado relato por uma ouvidoria, este será analisado individualmente e respondido, conforme o caso. O aludido órgão é também responsável pelos serviços de informações ao cidadão, de modo a garantir o direito constitucional à informação e proporcionar a transparência, em cumprimento à Lei n. 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação).

Compete à Ouvidoria do Conselho Nacional de Justiça[3]:

**a)** receber consultas, diligenciar nos setores administrativos competentes e prestar informações e esclarecimentos sobre atos, programas e projetos do Conselho;

**b)** receber informações, sugestões, reclamações, denúncias, críticas e elogios sobre as atividades do Conselho Nacional de Justiça, encaminhar tais manifestações aos setores administrativos competentes e manter o interessado sempre informado sobre as providências adotadas;

**c)** promover interação com os órgãos que integram o Conselho Nacional de Justiça e com os demais órgãos do Poder Judiciário, visando o atendimento das demandas e o aperfeiçoamento dos serviços;

**d)** sugerir aos demais órgãos do Conselho Nacional de Justiça a adoção de medidas administrativas tendentes ao aperfeiçoamento das atividades desenvolvidas, com base nas informações, sugestões, reclamações, denúncias, críticas e elogios recebidos;

3 Cf. http://www.cnj.jus.br/ouvidoria-page/atribuicoes-e-limitacoes.

e) promover integração entre as ouvidorias judiciais visando à implementação de sistema nacional que viabilize a troca das informações necessárias ao atendimento das demandas sobre os serviços prestados pelos órgãos do Poder Judiciário.

Por outro lado, não serão admitidas pela Ouvidoria do CNJ:

a) consultas, reclamações, denúncias e postulações que exijam providência ou manifestação da competência do Plenário ou da Corregedoria Nacional de Justiça;

b) notícias de fatos que constituam crime, tendo em vista as competências institucionais do Ministério Público e das polícias, nos termos dos arts. 129, inciso I, e 144 da Constituição Federal;

c) reclamações, críticas ou denúncias anônimas.

## 5. RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA, CIVIL E CRIMINAL DOS MAGISTRADOS

Como qualquer agente público em um sistema republicano, os juízes respondem por seus atos nos âmbitos cível, criminal e administrativo. O seu regime de responsabilidade, contudo, é diverso dos servidores públicos em geral, o mesmo ocorrendo com os membros do Ministério Público, em razão da paridade e do princípio da unidade da magistratura.

A referência ao princípio republicano não se faz por mero jogo de palavras. Indubitavelmente, numa República, "impõe-se responsabilidade jurídica pessoal a todo aquele que tenha por competência (e consequente dever) cuidar de tudo que é de todos"[4]. É dizer, o magistrado, ao exercer uma parcela do poder soberano – que reside no povo –, é responsável (perante este mesmo povo) por seus atos.

[4] BRITTO, Carlos Ayres. O regime constitucional dos Tribunais de Contas. In: *Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro*. Volume 8. 2º semestre de 2014. Rio de Janeiro: TCE-RJ, p. 18 e 20.

De uma maneira geral, tomando por empréstimo o esquema proposto por Eurípedes Gomes Faim Filho[5], as responsabilidades dos membros do Poder Judiciário podem ser assim resumidas:

**a.** Responsabilidade política por crimes de responsabilidade;

**b.** Responsabilidade fiscal na administração da verba pública a ele destinada;

**c.** Responsabilidade civil de seus membros;

**d.** Responsabilidade penal de seus membros;

**e.** Responsabilidade administrativa perante seus tribunais;

**f.** Responsabilidade administrativa perante o Conselho Nacional de Justiça.

A primeira delas, **responsabilidade política por crimes de responsabilidade,** encontra previsão no art. 52 da Constituição, que atribui ao Senado a competência para processar e julgar os Ministros do STF por tais ilícitos:

> Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: [...]
>
> II – processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade; [...] (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (grifo nosso)

Outrossim, o seu art. 102 estabelece a mesma responsabilidade aos ministros de tribunais superiores, cuja competência será originária do STF (e não do Senado):

> Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
>
> I – processar e julgar, originariamente: [...]

5 FAIM FILHO, Eurípedes Gomes. *Legitimidade e responsabilidade do Judiciário em um ambiente democrático*. Disponível em: http://www.epm.tjsp.jus.br/Internas/Artigos/AcervoView.aspx?ID=22423. Acesso em 23 mar. 2017.

> *c)* nas infrações penais comuns e nos **crimes de responsabilidade**, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, **os membros dos Tribunais Superiores**, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente; [...] (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 23, de 1999) (grifo nosso)

Por fim, ainda em relação a tais ilícitos, merece destaque o art. 107, § 7º, da Constituição, com redação trazida pela Emenda Constitucional n. 62/2009, ao prever um crime de responsabilidade também para os presidentes de tribunais em geral, na hipótese de "por ato comissivo ou omissivo, retardar ou tentar frustrar a liquidação regular de precatórios":

> Art. 100 § 7º O Presidente do Tribunal competente que, por ato comissivo ou omissivo, retardar ou tentar frustrar a liquidação regular de precatórios incorrerá em crime de responsabilidade e responderá, também, perante o Conselho Nacional de Justiça. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

Não custa ressaltar que os chamados **crimes políticos** consistem em ilícitos de ordem cível-política, não se confundindo com ilícitos penais, cuja aplicação exige maiores rigores. O regramento geral de tais ilícitos se encontra na Lei n. 1.079/1950, destacando-se o seu art. 39:

> Art. 39. São crimes de responsabilidade dos Ministros do Supremo Tribunal Federal:
>
> 1 – altera, por qualquer forma, exceto por via de recurso, a decisão ou voto já proferido em sessão do Tribunal;
>
> 2 – proferir julgamento, quando, por lei, seja suspeito na causa;
>
> 3 – exercer atividade político-partidária;
>
> 4 – ser patentemente desidioso no cumprimento dos deveres do cargo;
>
> 5 – proceder de modo incompatível com a honra dignidade e decôro de suas funções.

A responsabilidade **fiscal na administração da verba pública destinada ao Poder Judiciário**, em realidade, pode se manifestar sob diversas formas, seja por meio de responsabilidade criminal

(por exemplo, tipos penais trazidos Lei n. 10.028/2000), cível (por exemplo, pela prática de atos de improbidade administrativa) e administrativa (por exemplo, a submissão dos gestores do Poder Judiciário ao julgamento técnico dos Tribunais de Contas).

Maior destaque merece a **responsabilidade civil** dos membros do Poder Judiciário, tema bastante controvertido. Com efeito, neste ponto, dois diplomas legais se destacam: a LOMAN (arts. 41 e 49) e o Código de Processo Civil (art. 143).

O art. 49 da LOMAN estabelece um regramento geral para a responsabilidade civil do magistrado, dispondo que este "responderá por perdas e danos" em duas situações: **a)** quando, no exercício de suas funções, proceder com **dolo ou fraude**; **b)** quando recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar o ofício, ou a requerimento das partes.

Quanto à segunda hipótese, acrescenta o seu parágrafo único: "Reputar-se-ão verificadas as hipóteses previstas no inciso II somente depois que a parte, por intermédio do Escrivão, requerer ao magistrado que determine a providência, e este não lhe atender ao pedido dentro de dez dias".

O Código de Processo Civil de 2015 apenas confirma o art. 49 da LOMAN:

> Art. 143. O juiz responderá, civil e regressivamente, por perdas e danos quando:
>
> I – no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude;
>
> II – recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício ou a requerimento da parte.
>
> Parágrafo único. As hipóteses previstas no inciso II somente serão verificadas depois que a parte requerer ao juiz que determine a providência e o requerimento não for apreciado no prazo de 10 (dez) dias.

Vale ressaltar que, muito embora a CRFB/88 preveja a responsabilidade do Estado por erro judiciário (art. 5º, LXXV – "o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença"), isso não significa a possibilidade automática de responsabilização da pessoa do magistrado. Os precedentes do STF caminham no sentido de que sequer o Estado

responde por erro judiciário quando se tratar de hipótese de atividade jurisdicional em sentido estrito, assim considerada a atividade normal do magistrado no exercício da jurisdição. É o que ocorre, a título de exemplo, quando o tribunal reforma a sentença condenatória de primeira instância ou a decisão que decreta a prisão preventiva:

> ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. PRISÃO TEMPORÁRIA. RESPONSABILIDADE DO ESTADO. INOCORRÊNCIA.
>
> 1. O autor pretende a responsabilização civil da União pelo pagamento de reparação de danos morais e materiais, por ter sido preso de forma, supostamente, ilegal e arbitrária.
>
> **2. O erro judiciário a que alude o inciso LXXV pressupõe que o ato judicial seja eivado de ilegalidade, abuso ou arbitrariedade por parte do agente estatal.**
>
> 3. **O Supremo Tribunal Federal entendeu que •o decreto judicial de prisão preventiva, quando suficientemente fundamentado e obediente aos pressupostos que o autorizam, não se confunde com o erro judiciário a que alude o inciso LXXV do art. 5 da Constituição da República, mesmo que o réu ao final do processo venha a ser absolvido ou tenha a sua sentença condenatória reformada na instância superior** – (RE 429518 SC, AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO, Órgão julgador: Segunda Turma, Relator: Ministro Carlos Velloso, Fonte: DJ de 28/10/2004).
>
> 4. Não se vislumbra no procedimento de constrição da liberdade do autor qualquer vício que padeça de indenização. Os atos foram procedidos dentro das formalidades cabíveis e havia, na ocasião da prisão do autor, certeza do crime e indícios de autoria conforme descrito nas Informações da Divisão de Auditoria da Corregedoria Geral da Receita Federal (fls.133/169) e na Representação formulada pelo Delegado da Polícia Federal (fls. 112/131) que deflagrou a prisão.
>
> **5. Não se pode cogitar, portanto, de reconhecimento de responsabilidade civil do Estado, decorrente de ato judicial revestido de legalidade, tão somente pela posterior decretação de inocência do sujeito.**
>
> 6. Desta forma, se havia indícios suficientes da autoria e materialidade delitiva no momento da decretação da prisão do investigado, a sua posterior revogação por ausência de provas, não torna o ato judicial ilegal ou abusivo de forma a gerar reparação civil por danos morais e materiais.
>
> 7. A despeito da grande repercussão do caso PROPINODUTO II na mídia, colocando em risco a integridade da vida privada e a honra dos

envolvidos, o autor, detentor do ônus da prova, não logrou demonstrar a existência de excesso ou abuso de autoridade, bem como de qualquer vício na decretação da prisão temporária, razão pela qual não restam configurados os pressupostos da responsabilidade civil objetiva do Estado. 8. Recurso conhecido e desprovido[6].

No que tange, de modo específico, à prática de dano moral pelo magistrado, dispõe o art. 41 da LOMAN um regramento que evidencia a ausência de imunidade por excesso de linguagem:

Art. 41 – Salvo os casos de impropriedade ou excesso de linguagem o magistrado não pode ser punido ou prejudicado pelas opiniões que manifestar ou pelo teor das decisões que proferir. (grifo nosso)

Quanto à **responsabilidade penal dos membros** do Poder Judiciário, não há muito que dizer, dado o fato de serem os juízes penalmente responsáveis, como qualquer pessoa. As peculiaridades residem: **a)** na existência de **foro por prerrogativa de função** (art. 33, parágrafo único, da LOMAN[7]), merecendo destaque que "compete aos Tribunais de Justiça julgar os juízes estaduais, mesmo quando acusados de crimes de competência da Justiça Federal" (STF, HC 77.558, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 16-3-99, 2ª Turma, DJ de 7-5-99); **b) perda do cargo**, como consequência do art. 26, I, da LOMAN, com os temperamentos do art. 92 do Código Penal:

LOMAN. Art. 26 – O magistrado vitalício somente perderá o cargo (vetado):

I – em ação penal por crime comum ou de responsabilidade;

CP. Art. 92 – São também efeitos da condenação:(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I – a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo: (Redação dada pela Lei nº 9.268, de 1º.4.1996)

---

[6] TRF2, AC 200651010228720, Rel. Des. José Antonio Lisboa Neiva, E-DJF2R 30.3.2011, p. 410-411.

[7] LOMAN. Art. 33. Parágrafo único – Quando, no curso de investigação, houver indício da prática de crime por parte do magistrado, a autoridade policial, civil ou militar, remeterá os respectivos autos ao Tribunal ou órgão especial competente para o julgamento, a fim de que prossiga na investigação.

a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública; (Incluído pela Lei nº 9.268, de 1º.4.1996)

b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos. (Incluído pela Lei nº 9.268, de 1º.4.1996)

[...]

Parágrafo único – Os efeitos de que trata este artigo não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Sem dúvida, o que mais nos interessa aqui é a **responsabilidade administrativa** dos magistrados, seja perante seu próprio tribunal, seja perante o Conselho Nacional de Justiça.

Nos termos do art. 21, V, da LOMAN, compete aos tribunais "exercer a direção e disciplina dos órgãos e serviços que lhes forem subordinados". Como dito anteriormente, tal função é desenvolvida pela corregedoria local (comumente denominada Corregedoria-Geral da Justiça), que fiscaliza os juízes de primeiro grau. Quanto aos desembargadores, tal atividade compete ao Órgão Especial, Pleno (onde não houver Órgão Especial) ou ao Conselho da Justiça Federal (no caso da Justiça Federal). Também os Tribunais Superiores exercem a disciplina de seus próprios membros. Acima de todos, o CNJ exerce funções disciplinares sobre qualquer magistrado (com exceção dos ministros do STF).

Antes de estabelecer as sanções aplicáveis a todo e qualquer magistrado, a LOMAN faz uma óbvia, porém importante, advertência, em seu art. 40: a atividade censória de Tribunais e Conselhos é exercida com o **resguardo devido à dignidade e à independência do magistrado.**

Em seguida, o seu art. 42 apresenta o seguinte rol de sanções:

i. advertência (só aplicável aos magistrados de primeiro grau);
ii. censura (só aplicável aos magistrados de primeiro grau);
iii. remoção compulsória;
iv. disponibilidade com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço;

v. aposentadoria compulsória com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço;

vi. demissão.

Vejamos, de forma esquematizada, a regulamentação de cada uma das ditas sanções, conforme regramento apresentado pela LOMAN:

| Pena | Previsão | Peculiaridades |
|---|---|---|
| Advertência | Art. 43 | É aplicada reservadamente, **por escrito**, no caso de **negligência no cumprimento dos deveres** do cargo. Somente se aplica a juízes de primeiro grau. O procedimento é definido no regimento interno de cada tribunal. |
| Censura | Art. 44 | Será aplicada reservadamente, por escrito, no caso de **reiterada negligência no cumprimento dos deveres do cargo**, ou no de **procedimento incorreto**, se a infração não justificar punição mais grave. O procedimento é definido no regimento interno de cada tribunal.<br>O Juiz punido com a pena de censura não poderá figurar em lista de promoção por merecimento pelo prazo de um ano, contado da imposição da pena. |
| Remoção compulsória | Art. 45, I, c/c art. 93, VIII da CRFB/88 | Exige **motivo de interesse público**, em escrutínio secreto e pelo voto da **maioria absoluta** dos membros efetivos do Tribunal ou seu órgão especial[8]. O procedimento seguido encontra previsão no art. 27 da LOMAN[9]. |

[8] Em realidade, a LOMAN exige um *quorum* de dois terços para tal decisão, o que restou sem efeito, em razão da nova disciplina trazida pela Emenda Constitucional n. 45/2004, que estabeleceu o *quorum* de maioria aboluta, ao alterar o art. 93, VIII, da CRFB/88.

[9] Art. 27 – O procedimento para a decretação da perda do cargo terá início por determinação do Tribunal, ou do seu órgão especial, a que pertença ou esteja subordinado o magistrado, de ofício ou mediante representação fundamentada do Poder Executivo ou Legislativo, do Ministério Público ou do Conselho Federal ou Secional da Ordem dos Advogados do Brasil.

§ 1º – Em qualquer hipótese, a instauração do processo preceder-se-á da defesa prévia do magistrado, no prazo de quinze dias, contado da entrega da cópia do teor da acusação e das provas existentes, que lhe remeterá o Presidente do Tribunal, mediante ofício, nas quarenta e oito horas imediatamente seguintes à apresentação da acusação.

§ 2º – Findo o prazo da defesa prévia, haja ou não sido apresentada, o Presidente, no dia útil imediato, convocará o Tribunal ou o seu órgão especial para que, em sessão secreta, decida sobre a instauração do processo, e, caso determinada esta, no mesmo dia distribuirá o feito e fará entregá-lo ao relator.

| Pena | Previsão | Peculiaridades |
|---|---|---|
| Disponibilidade | Art. 45, II, c/c art. 93, VIII da CRFB/88 | Também exige **motivo de interesse público**, em escrutínio secreto e pelo voto da maioria absoluta dos membros efetivos do Tribunal ou seu órgão especial. O procedimento seguido encontra previsão no art. 27 da LOMAN. |
| Aposentadoria compulsória | Art. 56 | A aposentadoria compulsória, com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço, será aplicada ao magistrado: **a)** manifestadamente negligente no cumprimento dos deveres do cargo; **b)** de procedimento incompatível com a dignidade, a honra e o decoro de suas funções; **c)** de escassa ou insuficiente capacidade de trabalho, ou cujo proceder funcional seja incompatível com o bom desempenho das atividades do Poder Judiciário.<br>Tal penalidade pode ser aplicada **administrativamente**, sem a necessidade de prévia decisão judicial. Os mesmos fundamentos servem para a aplicação de pena de demissão a juízes não vitalícios.<br>O *quorum* exigido é o mesmo: maioria absoluta (art. 93, VIII, CRFB/88). |
| Demissão | Art. 47 | Segundo a LOMAN, será aplicada:<br>I – aos magistrados **vitalícios**, nos casos previstos no art. 26, I e II (**ação penal** por crime comum ou de responsabilidade; **procedimento administrativo** para a perda do cargo nas hipóteses seguintes: **a)** exercício, ainda que em disponibilidade, de qualquer outra função, |

§ 3º – O Tribunal ou o seu órgão especial, na sessão em que ordenar a instauração do processo, como no curso dele, poderá afastar o magistrado do exercício das suas funções, sem prejuízo dos vencimentos e das vantagens, até a decisão final.

§ 4º – As provas requeridas e deferidos, bem como as que o relator determinar de ofício, serão produzidas no prazo de vinte dias, cientes o Ministério Público, o magistrado ou o procurador por ele constituído, a fim de que possam delas participar.

§ 5º – Finda a instrução, o Ministério Público e o magistrado ou seu procurador terão, sucessivamente, vista dos autos por dez dias, para razões.

§ 6º – O julgamento será realizado em sessão secreta do Tribunal ou de seu órgão especial, depois de relatório oral, e a decisão no sentido da penalização do magistrado só será tomada pelo voto de dois terços dos membros do colegiado, em escrutínio secreto.

§ 7º – Da decisão publicar-se-á somente a conclusão.

§ 8º – Se a decisão concluir pela perda do cargo, será comunicada, imediatamente, ao Poder Executivo, para a formalização do ato.

| Pena | Previsão | Peculiaridades |
|---|---|---|
| | | salvo um cargo de magistério superior, público ou particular; **b)** recebimento, a qualquer título e sob qualquer pretexto, de percentagens ou custas nos processos sujeitos a seu despacho e julgamento; **c)** exercício de atividade politico-partidária).<br>II – aos Juízes nomeados mediante concurso de provas e títulos, **enquanto não adquirirem a vitaliciedade**, em caso de **falta grave**, inclusive nas hipóteses previstas no **art. 56** (casos que motivam a aposentadoria compulsória)[10].<br>Em síntese, a pena de demissão, como previsto na LOMAN, poderia ser aplicada **administrativamente: a)** a juízes vitalícios, nos casos do art. 26, I e II; **b)** a juízes não vitalícios, por falta grave, inclusive nas hipóteses do art. 56 da mesma lei (que poderiam atingir os vitalícios, mas não com demissão).<br>Acontece que, na hipótese de juízes vitalícios (art. 95, I), a Constituição não mais admite a possibilidade de aplicação de pena de demissão por decisão administrativa, dependendo de **sentença judicial transitada em julgado.** |

A responsabilidade dos magistrados perante o **Conselho Nacional de Justiça** já foi tratada em tópicos anteriores. Cabe repisar, contudo, o disposto no art. 93, VIII, da CRFB/88, pelo que o ato de **remoção**, **disponibilidade** e **aposentadoria** do magistrado, por interesse público, fundar-se-á em decisão por voto da maioria absoluta do respectivo **tribunal** ou do **Conselho Nacional de Justiça**, assegurada ampla defesa.[10]

Não pode, todavia, o CNJ determinar a demissão de magistrado, como fixou o STF, tendo em vista a impossibilidade de aplicação de tal pena pela via administrativa:

[10] Art. 56 – O Conselho Nacional da Magistratura poderá determinar a aposentadoria, com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço, do magistrado:
I – manifestadamente negligente no cumprimento dos deveres do cargo;
II – de procedimento incompatível com a dignidade, a honra e o decoro de suas funções;
III – de escassa ou insuficiente capacidade de trabalho, ou cujo proceder funcional seja incompatível com o bom desempenho das atividades do Poder Judiciário.

Poder Judiciário. Conselho Nacional de Justiça. Competência. Magistratura. Magistrado vitalício. Cargo. Perda mediante decisão administrativa. Previsão em texto aprovado pela Câmara dos Deputados e constante do Projeto que resultou na EC 45/2004. Supressão pelo Senado Federal. Reapreciação pela Câmara. Desnecessidade. Subsistência do sentido normativo do texto residual aprovado e promulgado (art. 103-B, § 4º, III). Expressão que, ademais, ofenderia o disposto no art. 95, I, parte final, da CF. Ofensa ao art. 60, § 2º, da CF. Não ocorrência. Arguição repelida. Precedentes. Não precisa ser reapreciada pela Câmara dos Deputados expressão suprimida pelo Senado Federal em texto de projeto que, na redação remanescente, aprovada de ambas as Casas do Congresso, não perdeu sentido normativo (ADI 3.367, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 13-4-2005, Plenário, DJ de 22-9-2006.)

A atuação disciplinar do CNJ se dá de forma concorrente, ou seja, paralela à atuação dos tribunais locais, não havendo qualquer tipo de subsidiariedade. Nesse sentido, já assinalou o STF: "**não há necessidade de exaurimento da instância administrativa ordinária para a atuação do CNJ. Competência concorrente, e não subsidiária**" (MS 28.620, rel. min. Dias Toffoli, j. 23-9-2014, 1ª T, DJE de 8-10-2014).

# 6. ADMINISTRAÇÃO JUDICIAL

## 6.1. Planejamento estratégico

Atualmente, os órgãos públicos em geral já assimilaram a necessidade de planejamento estratégico, algo que antes era considerado uma particularidade da iniciativa privada.

Como cediço, compete ao CNJ, como órgão de controle da atuação administrativa e financeira dos tribunais, a atribuição de coordenar o planejamento e a gestão estratégica do Poder Judiciário. Assim sendo, encontra-se em vigor a **Estratégia Nacional do Poder Judiciário 2015–2020**, formulada com a contribuição de magistrados e servidores e instituída pela Resolução n. 198/2014, de 1º de julho de 2014, do Conselho Nacional de Justiça, que tem por objetivo estabelecer premissas importantes para o processo estratégico de todo o Poder Judiciário.

Tal Resolução foi criada a partir de propostas apresentadas por todos os segmentos de justiça, para atualização da estratégia nacional do Poder Judiciário, em nove encontros de trabalho ocorridos a partir de junho de 2013.

Assim, são componentes da Estratégia Nacional do Poder Judiciário:

a) **Missão do Poder Judiciário** – Realizar Justiça.

Descrição – Fortalecer o Estado Democrático e fomentar a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, por meio de uma efetiva prestação jurisdicional.

b) **Visão do Poder Judiciário** – Ser reconhecido pela sociedade como instrumento efetivo de justiça, equidade e paz social.

Descrição – Ter credibilidade e ser reconhecido como um Poder célere, acessível, responsável, imparcial, efetivo e justo, que busca o ideal democrático e promove a paz social, garantindo o exercício pleno dos direitos de cidadania.

c) **Atributos de valor para a sociedade**:

- Credibilidade
- Celeridade
- Modernidade
- Acessibilidade
- Transparência e Controle Social
- Responsabilidade Social e Ambiental
- Imparcialidade
- Ética
- Probidade

d) **Macrodesafios do Poder Judiciário:**

- Efetividade na prestação jurisdicional
- Garantia dos direitos de cidadania

- Combate à corrupção e à improbidade administrativa
- Celeridade e produtividade na prestação jurisdicional
- Adoção de soluções alternativas de conflito
- Gestão das demandas repetitivas e dos grandes litigantes
- Impulso às execuções fiscais, cíveis e trabalhistas
- Aprimoramento da gestão da justiça criminal
- Fortalecimento da segurança do processo eleitoral
- Melhoria da Gestão de Pessoas
- Aperfeiçoamento da Gestão de Custos
- Instituição da Governança Judiciária
- Melhoria da Infraestrutura e Governança de TI.

**Pergunta-se: a quem compete a execução da estratégia do Poder Judiciário?** Nos termos do art. 7º da Resolução n. 198/2014, a execução da estratégia é de responsabilidade de magistrados de primeiro e segundo graus, conselheiros, ministros e serventuários do Poder Judiciário. Além disso, para promover a estratégia, devem ser realizados eventos, pelo menos anualmente.

Para que isso seja possível, os órgãos do Poder Judiciário manterão **unidade de gestão estratégica** para assessorar a elaboração, a implementação e o monitoramento do planejamento estratégico. Tal unidade também atuará nas áreas de gerenciamento de projetos, otimização de processos de trabalho e, a critério do órgão, produção e análise de dados estatísticos. Consequentemente, as áreas jurisdicionais e administrativas devem prestar, à respectiva unidade de gestão estratégica, as informações sob a sua responsabilidade pertinentes ao plano estratégico.

Um importante recurso de gestão estratégica consiste no chamado **Banco de Boas Práticas e Ideias para o Judiciário (BPIJus)**, a ser continuamente atualizado, com o intuito de promover a divulgação e o compartilhamento de práticas e ideias inovadoras, visando ao aperfeiçoamento dos serviços judiciais. Com efeito, o BPIJus é constituído

da seguinte forma: **a)** práticas sugeridas por servidores, tribunais ou conselhos do Poder Judiciário, alinhadas aos Macrodesafios; **b)** ideias inovadoras para melhoria do Judiciário, apresentadas por qualquer pessoa. As práticas e ideias serão incluídas no BPIJus após processo de seleção, na forma de regulamento próprio do CNJ.

## 6.2. Modernização da gestão

A modernização da gestão, no âmbito do Poder Judiciário, é algo diretamente relacionado com a entrega mais prática e rápida do serviço, por meio da tecnologia.

Com efeito, dentre os macrodesafios do Poder Judiciário, citados acima ao tratarmos do Planejamento Estratégico, se encontra a **"melhoria da Infraestrutura e governança de TI"**, algo que está diretamente relacionado com a **Estratégia Nacional de Tecnologia da Informação e Comunicação do Poder Judiciário (ENTICJUD),** objeto da Resolução n. 211/2015, do CNJ. Sua meta consiste em "promover a melhoria da governança, da **gestão** e da infraestrutura tecnológica no âmbito do Poder Judiciário" (art. 4º), o que se dará "a partir do alcance conjunto dos objetivos estratégicos estabelecidos, que serão concretizados por meio de execução da ENTIC-JUD em consonância com as Diretrizes Estratégicas de Nivelamento contidas nesta Resolução" (parágrafo único).

Tal iniciativa partiu do CNJ, em razão da sua atribuição de coordenar o planejamento e a gestão estratégica de Tecnologia da Informação e Comunicação (TIC) do Poder Judiciário, bem como da necessidade de assegurar a convergência dos recursos humanos, administrativos e financeiros empregados pelos segmentos do Poder Judiciário no que concerne à Tecnologia da Informação e Comunicação. Além disso, desde o ano de 2006, já se encontra em vigor a Lei n. 11.419, que cuida da informatização do processo judicial.

A supracitada Resolução n. 211/2015 conceitua Tecnologia da Informação e Comunicação (TIC) como o "ativo estratégico que suporta processos institucionais, por meio da conjugação de recursos, processos e técnicas utilizados para obter, processar, armazenar, fazer uso e disseminar informações" (art. 2º, I).

A partir daí, é criado o **Comitê Nacional de Gestão de Tecnologia da Informação e Comunicação do Poder Judiciário**, responsável pela formulação, acompanhamento e revisão da ENTI-CJUD, seus indicadores e suas metas, à luz dos objetivos previstos no seu art. 3º.

> Art. 3º A ENTIC-JUD é sintetizada nos seguintes componentes:
>
> I – Missão: melhorar a infraestrutura e a governança de TIC para que o Poder Judiciário cumpra sua função institucional;
>
> II – Visão: ser reconhecido como um referencial em governança, gestão e infraestrutura da Tecnologia da Informação e Comunicação;
>
> III – Atributos de Valor para a Sociedade:
>
> *a)* acessibilidade e usabilidade;
>
> *b)* celeridade;
>
> *c)* inovação;
>
> *d)* responsabilidade social e ambiental;
>
> *e)* transparência;
>
> **IV – Objetivos estratégicos, distribuídos em 3 (três) perspectivas:**
>
> *a)* Recursos:
>
> Objetivo 1. Aperfeiçoar as competências gerenciais e técnicas de pessoal;
>
> Objetivo 2. Prover infraestrutura de TIC apropriada às atividades judiciais e administrativas;
>
> Objetivo 3. Aprimorar a gestão orçamentária e financeira;
>
> ***b)* Processos Internos:**
>
> **Objetivo 4. Aperfeiçoar a governança e a gestão;**
>
> Objetivo 5. Aprimorar as contratações;
>
> Objetivo 6. Promover a adoção de padrões tecnológicos;
>
> Objetivo 7. Aprimorar e fortalecer a integração e a interoperabilidade de sistemas de informação;
>
> Objetivo 8. Aprimorar a segurança da informação;
>
> *c)* Resultados:
>
> Objetivo 9. Primar pela satisfação dos usuários.

Para os fins objetivos da presente obra, destacamos os principais pontos da Resolução n. 211/2015 a respeito da modernização da gestão, por meio da tecnologia de informação:

## CAPÍTULO III
## DA GOVERNANÇA E DA GESTÃO DE TIC
### SEÇÃO I
### DAS POLÍTICAS E PLANEJAMENTO

**Art. 6º Cada órgão deverá elaborar e manter o Plano Estratégico de Tecnologia da Informação e Comunicação (PETIC), em harmonia com as diretrizes estratégicas institucionais e nacionais, conforme disposto na Resolução CNJ 198, de 16 de junho de 2014, e suas alterações.**

Parágrafo único. Como desdobramento do PETIC, deverá ser elaborado o Plano Diretor de Tecnologia da Informação e Comunicação com as ações a serem desenvolvidas para que as estratégias institucionais e nacionais do Poder Judiciário sejam alcançadas.

**Art. 7º Cada órgão deverá constituir um Comitê de Governança de Tecnologia da Informação e Comunicação que ficará responsável, entre outros, pelo estabelecimento de estratégias, indicadores e metas institucionais, aprovação de planos de ações, bem como pela orientação das iniciativas e dos investimentos tecnológicos no âmbito institucional.**

Parágrafo único. Recomenda-se que a composição do Comitê de Governança seja multidisciplinar, e com a participação das principais áreas estratégicas do órgão, incluindo Magistrados dos diversos graus de jurisdição e a área de Tecnologia da Informação e Comunicação.

**Art. 8º A área de TIC deverá constituir Comitê de Gestão que ficará responsável, entre outros, pela elaboração de planos táticos e operacionais, análise das demandas, acompanhamento da execução de planos, estabelecimento de indicadores operacionais, e proposição de replanejamentos.**

Parágrafo único. O referido Comitê deverá ser composto pelo titular da área de TIC e gestores das unidades ou servidores responsáveis pelos macroprocessos elencados no art. 12.

**Art. 9º Cada órgão deverá elaborar e aplicar política, gestão e processo de segurança da informação a serem desenvolvidos em todos os níveis da instituição, por meio de um Comitê Gestor de Segurança da Informação, e em harmonia com as diretrizes nacionais preconizadas pelo Conselho Nacional de Justiça.**

Art. 10. A estrutura organizacional, o quadro permanente de servidores, a gestão de ativos e os processos de gestão de trabalho da área de TIC de cada órgão, deverão estar adequados às melhores práticas preconizadas pelos padrões nacionais e internacionais para as atividades consideradas como estratégicas.

§ 1º As especificações de produtos constantes do parque tecnológico deverão ser adequadas e compatíveis com as necessidades estratégicas do órgão e nacionais do Poder Judiciário.

§ 2º Deverá ser estabelecido Plano de Continuidade de Serviços essenciais de TIC, especialmente no que se refere aos serviços judiciais.

§ 3º Deverão ser definidos processos para gestão dos ativos de infraestrutura tecnológica, notadamente no que tange à gerência e ao monitoramento, bem como ao registro e ao acompanhamento da localização de cada ativo.

§ 4º A política de manutenção de documentos eletrônicos deverá observar as diretrizes estabelecidas pelo CNJ a respeito do tema.

Art. 11. As aquisições de bens e contratação de serviços de TIC deverão atender às determinações do Conselho Nacional de Justiça.

§ 1º O CNJ manterá repositório nacional disponível a todos os órgãos do Poder Judiciário com os editais de licitação e contratos de aquisição de bens e contratação de serviços de Tecnologia da Informação e Comunicação.

§ 2º Cada órgão deverá disponibilizar junto ao repositório nacional os seus editais, contratos e anexos, assim que homologados em seus órgãos.

SEÇÃO II

DAS ESTRUTURAS ORGANIZACIONAIS E MACROPROCESSOS

Art. 12. Os órgãos deverão constituir e manter estruturas organizacionais adequadas e compatíveis com a relevância e demanda de TIC, considerando, no mínimo, os seguintes macroprocessos:

I – macroprocesso de governança e de gestão:

*a)* de planejamento;

*b)* orçamentária;

*c)* de aquisições e contratações de soluções;

*d)* de projetos;

*e)* de capacitação;

II – macroprocesso de segurança da informação:

*a)* de continuidade de serviços essenciais;

*b)* de incidentes de segurança;

*c)* de riscos;

III – macroprocesso de software:

*a)* de escopo e requisitos;

*b)* de arquitetura;

*c)* de processos de desenvolvimento e sustentação;

IV – macroprocesso de serviços:

*a)* de catálogo;

*b)* de requisições;

*c)* de incidentes;

*d)* de ativos de microinformática;

*e)* de central de serviços;

V – macroprocesso de infraestrutura:

*a)* de disponibilidade;

*b)* de capacidade;

*c)* de ativos de infraestrutura e de telecomunicação corporativas.

§ 1º As estruturas organizacionais de que tratam o caput deverão privilegiar a departamentalização por função e possuir níveis hierárquicos de decisão, quais sejam estratégico ou institucional, tático ou gerencial, e operacional, a fim de garantir a plena execução dos macroprocessos previstos.

§ 2º Caberá a cada órgão definir os seus processos, observando as boas práticas pertinentes ao tema, criando um ambiente favorável à melhoria contínua.

§ 3º A coordenação dos macroprocessos deverá ser executada, preferencialmente, por servidores do quadro permanente do órgão e em regime de dedicação exclusiva.

§ 4º As funções gerenciais deverão ser executadas, preferencialmente, por servidores do quadro permanente do órgão.

## SEÇÃO III
## DAS PESSOAS

Art. 13. Cada órgão deverá compor o seu quadro permanente com servidores que exercerão atividades voltadas exclusivamente para a área de Tecnologia da Informação e Comunicação.

§ 1º O quadro permanente de servidores de que trata o caput deverá ser compatível com a demanda, adotando-se como critérios para fixar o quantitativo necessário o número de usuários internos e externos de recursos de TIC, bem como o referencial mínimo estabelecido no Anexo desta Resolução.

§ 2º O referencial mínimo contido no Anexo poderá ser aumentado com base em estudos que cada órgão realize, considerando ainda aspectos como o portfólio de projetos e serviços, o orçamento destinado à área de TIC e as especificidades de cada segmento de Justiça.

**Art. 14. Cada órgão deverá definir e aplicar política de gestão de pessoas que promova a fixação de recursos humanos na área da Tecnologia da Informação e Comunicação, recomendando-se a criação de cargos, especialidades e gratificação específicos para essa área.**

§ 1º Os cargos ou especialidades deverão ser organizados de forma a propiciar a oportunidade de crescimento profissional.

§ 2º Caberá ao órgão deliberar sobre a criação de gratificação específica para área de TIC, regulamentando a sua percepção e condições e associando a critérios objetivos, como:

I – desempenho do servidor, com o objetivo de aumentar a eficiência dos processos de Tecnologia da Informação e Comunicação;

II – grau de responsabilidade ou atribuição técnica específica do servidor, a fim de estimular a colaboração de alto nível e evitar a evasão de especialistas em determinada área;

III – projetos de especial interesse para o órgão, de forma a obter um melhor aproveitamento dos recursos humanos existentes.

§ 3º A gratificação deverá ser destinada aos servidores do quadro permanente do órgão, nas áreas de TIC e lotados nas unidades diretamente subordinadas à essa área, para minimizar a rotatividade de pessoal efetivo.

§ 4º A percepção da gratificação específica difere daquela associada ao exercício das funções gerenciais da estrutura organizacional, referida nos macroprocessos e processos contidos no art. 12.

§ 5º Deverá ser realizada análise de rotatividade de pessoal a cada 2 (dois) anos, para avaliar a efetividade das medidas adotadas na política definida pelo órgão e minimizar a evasão de servidores do quadro permanente.

**Art. 15. Deverá ser elaborado e implantado Plano Anual de Capacitação para desenvolver as competências gerenciais e técnicas necessárias à operacionalização da governança, da gestão e do uso da Tecnologia da Informação e Comunicação.**

Parágrafo único. O Plano Anual de Capacitação deverá promover e suportar, de forma contínua, o alinhamento das competências gerenciais e técnicas dos servidores lotados na área de TIC às melhores práticas de governança, de gestão e de atualização tecnológica.

Art. 16. Consideram-se atividades extraordinárias todas aquelas que envolvam a manutenção de serviços que necessitem ser realizados em horários distintos da jornada de trabalho normal do servidor.

Art. 17. Cada órgão deverá instituir plantão na área de TIC, observando a necessidade de suporte ao processo judicial e demais serviços essenciais, nos termos da legislação aplicável.

Parágrafo único. O plantão poderá ser provido por servidores, por meio de contratação de serviços ou pela combinação dessas formas.

## 7. QUESTÕES DE CONCURSO

**FGV – TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS – JUIZ SUSBTITUTO DE CARREIRA – Noções Gerais de Direito e Formação Humanística**

**ENUNCIADO DA QUESTÃO 24**

*O Código de Ética da Magistratura Nacional (2008) recebeu grande influência do Código Modelo Ibero-Americano de Ética Judicial (2006), trazendo vários princípios de conduta ética. Cite e explique quatro princípios de conduta ética que estão presentes no Código de Ética da Magistratura Nacional.*

**GABARITO DA QUESTÃO 24**[11]

*Princípios o Código de Ética da Magistratura Nacional:*

*1) Independência; 2) Imparcialidade; 3) Transparência; 4) Integridade Pessoal e Profissional; 5) Diligência e Dedicação; 6) Cortesia; 7) Prudência; 8) Sigilo Profissional; 9) Conhecimento/Capacitação; e 10) Dignidade, Honra e Decoro.*

*Princípios em comum e suas respectivas explicações (quatro devem aparecer na resposta):*

*Independência (não ser pautado por interesses externos e zelar para que o Poder Judiciário não o seja);*

*Imparcialidade (julgar com isenção e não ter interesse direto ou indireto no resultado da causa);*

*Transparência (agir de forma clara e sem ambiguidades, respeitando a publicidade dos atos da jurisdição, exceto quando em segredo de justiça, e da atuação profissional);*

*Integridade Pessoal e Profissional (manter atos e atitudes incorruptíveis, irrepreensíveis e retos);*

[11] Cf. http://fgvprojetos.fgv.br/sites/fgvprojetos.fgv.br/files/concursos/nocoes_gerais_de_direito_e_formacao_humanistica_24_25.pdf.

*Diligência e Dedicação (executar as tarefas com o empenho, presteza e devotamento devidos);*

*Cortesia (expressar amabilidade, polidez e educação no trato com outrem seja jurisdicionado, funcionário ou colega);*

*Prudência (preservar a virtude da ponderação e da sensatez de forma a decidir de forma cautelosa e justa);*

*Sigilo Profissional (manter e respeitar a confidencialidade nos casos pertinentes);*

*Conhecimento / Capacitação (buscar permanentemente o aprimoramento pessoal e profissional);*

*Dignidade, Honra e Decoro (manter elevada as qualidades pessoais e institucionais da judicatura, agindo de forma virtuosa, ética e proba).*

## CONCURSO PÚBLICO PARA INGRESSO NO CARGO DE JUIZ SUBSTITUTO DE CARREIRA DO PODER JUDICIÁRIO DO AMAZONAS (2015)

*Discorra sobre o sistema de controle interno do Poder Judiciário, correlacionando-o com o princípio da eficiência.*

**Resposta:**

O candidato deveria discorrer acerca do controle interno do Poder Judiciário, baseando-se nas informações trazidas no ponto 4 do presente capítulo, explicando sumariamente as funções dos órgãos de controle citados, aproximando-os do princípio da eficiência.

## CONCURSO PARA O CARGO DE JUIZ DE DIREITO – TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESPÍRITO SANTO (2012)

*ENTREVISTA*

*CONJUR: — A pessoa muda depois que passa a ser juiz?*

*Desembargador: — A Lei Orgânica da Magistratura exige que o juiz tenha comportamento adequado a sua posição. E eu concordo que*

*seja assim. Há quem argumente que o juiz não vai deixar de ser ele mesmo. É a questão da imagem. Não é que a pessoa vai se tornar um santo, ser benzido e canonizado. Mas há determinados comportamentos que terá de deixar de lado. O jurisdicionado pode olhar para um juiz que agiu mal e dizer: "O juiz é um sujeito arbitrário, dá logo carteirada." A generalização ocorre de forma muito rápida. A pessoa é juiz durante 24 horas. Não dá para sair do fórum, do tribunal, e andar com a camisa aberta e colocar um medalhão. É preciso certo cuidado no dia a dia. O juiz sofre restrições. Além disso, quando alguém assume a função de juiz, passa a reafirmar todas as suas qualidades e os seus defeitos. Consultor Jurídico, 16/10/2011 (com adaptações).*

*Considerando que o fragmento de texto acima tem caráter motivador, discorra sobre a conduta ética do magistrado. Ao elaborar seu texto, aborde, necessariamente, com fundamento nas normas aplicáveis à magistratura nacional, os seguintes aspectos:*

*- Integridade pessoal e profissional do magistrado;*

*- Possibilidade de aplicação de pena de remoção compulsória;*

*- Impedimento de promoção e de vitaliciedade.*

**Resposta:**

Para responder adequadamente ao questionamento, o candidato deveria discorrer acerca do Código de Ética da Magistratura Nacional, iniciando pelo princípio da "integridade profissional e pessoal", informado inicialmente no seu art. 1º:

*Art. 1º O exercício da magistratura exige conduta compatível com os preceitos deste Código e do Estatuto da Magistratura, norteando-se pelos princípios da independência, da imparcialidade, do conhecimento e capacitação, da cortesia, da transparência, do segredo profissional, da prudência, da diligência, da integridade profissional e pessoal, da dignidade, da honra e do decoro.*

Em seguida, caberia ao candidato aprofundar o aludido princípio, valendo-se do regramento estabelecido a partir do art. 15 do Código de Ética:

*Art. 15. A integridade de conduta do magistrado fora do âmbito estrito da atividade jurisdicional contribui para uma fundada confiança dos cidadãos na judicatura.*

*Art. 16. O magistrado deve comportar-se na vida privada de modo a dignificar a função, cônscio de que o exercício da atividade jurisdicional impõe restrições e exigências pessoais distintas das acometidas aos cidadãos em geral.*

*Art. 17.É dever do magistrado recusar benefícios ou vantagens de ente público, de empresa privada ou de pessoa física que possam comprometer sua independência funcional.*

*Art. 18. Ao magistrado é vedado usar para fins privados, sem autorização, os bens públicos ou os meios disponibilizados para o exercício de suas funções.*

*Art. 19. Cumpre ao magistrado adotar as medidas necessárias para evitar que possa surgir qualquer dúvida razoável sobre a legitimidade de suas receitas e de sua situação econômico-patrimonial.*

Ato contínuo, o candidato deveria trazer as informações descritas no ponto 5 do presente capítulo, a respeito da pena de remoção compulsória, finalizando com a informação a respeito do impedimento para a promoção – previsto no art. 3º, IV, da Resolução n. 106/2010 do CNJ[12] – e vitaliciamento, no caso de falta grave – art. 47 da LOMAN.

---

[12] Art. 3º São condições para concorrer à promoção e ao acesso aos tribunais de 2º grau, por merecimento: IV – não haver o juiz sido punido, nos últimos doze meses, em processo disciplinar, com pena igual ou superior à de censura.

# FILOSOFIA DO DIREITO

**Sumário** • 1. O conceito de Justiça. 1.1. Sentido *lato* de Justiça, como valor universal. 1.2. Sentido estrito de Justiça, como valor jurídico-político. 1.3. Divergências sobre o conteúdo do conceito. 2. O conceito de Direito. 2.1. Aspectos gerais. 2.2. Evolução histórica. 2.3. Jurisprudência dos conceitos, jurisprudência dos interesses e jurisprudência dos valores. 2.4. Equidade. 2.5. Direito e Moral. 3. A interpretação do Direito. 3.1. Introdução. 3.2. A superação dos métodos de interpretação mediante puro raciocínio lógico-dedutivo. 3.3. O método de interpretação pela lógica do razoável. 3.4. Interpretação constitucional, pré-compreensão e capacidades institucionais do intérprete. 3.5. Principais métodos da hermenêutica jurídica constitucional: resumo geral. 4. A filosofia do direito na história: breves apontamentos. 4.1. Filosofia do Direito na Antiguidade. 4.2. Filosofia do Direito na Idade Média. 4.3. Filosofia do Direito na Idade Moderna. 4.4. Filosofia do Direito na contemporaneidade (pós-Revolução Francesa). 5. Questões de concurso.

## 1. O CONCEITO DE JUSTIÇA

A definição de um conceito de "justiça" constitui um dos principais problemas da filosofia do direito, desde a antiguidade até os

dias atuais. Etimologicamente, a palavra remonta à mitologia romana, em especial à deusa romana *Iustitia*, a quem cabia, de olhos vendados, distribuir a justiça por meio da balança com dois pratos que segurava com as duas mãos[1].

De fato, como ressalta Paulo Nader, desde o início da vida em sociedade (vida gregária), o sentimento de justiça acompanha os seres humanos. A explicação para isso é bem simples: a convivência sempre exigiu e sempre exigirá a prática do justo, de acordo com a sensibilidade ética e os padrões de cada época[2].

## 1.1. Sentido *lato* de Justiça, como valor universal

A palavra "justiça" deriva do nome da deusa romana *Justitia* (equivalente à deusa grega Dice ou Diké), que ostenta, em uma das mãos, uma balança (simbolizando o ato de sopesar as coisas), e na outra uma espada (que simboliza a autoridade do direito).

Apesar das inúmeras divergências a respeito do conteúdo do conceito de justiça, é possível ao menos concebê-la por meio de dois sentidos – ou dois grupos – definidos. Cuida-se, é verdade, de uma divisão generalista, mas capaz de imprimir alguma objetividade ao tema.

Assim, num primeiro sentido (**sentido lato**), a palavra "justiça" é concebida como um **valor universal.** Tal viés ostenta uma natureza claramente **jusnaturalista** da justiça, que pode ser sintetizada como a adequação da conduta humana a uma ordem natural ou divina que lhe é anterior.

Tal sentido de justiça nos remonta à **filosofia clássica,** em especial alguns autores gregos e romanos, responsáveis pelos primeiros debates acerca do conceito de justiça. Em tal momento histórico, **não existe uma separação clara entre justiça e ética**, razão pela qual a aplicação do direito é denominada **"aplicação prudencial do direito"**. Tampouco existe diferença entre **ética e moral,** o que nos

1 FERRAZ JR., Tércio. *Introdução ao estudo do direito.* 4.ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 32.
2 NADER, Paulo. *Filosofia do direito.* 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 67.

leva à seguinte conclusão: na filosofia clássica, **direito, ética e moral** se encontram no mesmo campo.

Com efeito, para o **estoicismo** (que tem como marca maior ZENÃO DE CÍTIO), a justiça se confunde com "**justeza**" a um modelo cósmico. É dizer, para os estoicos, justo é tudo aquilo que se "ajusta" ao *cosmos*, como explica Luc Ferry:

> Juntar-se ou ajustar-se ao *cosmos*, eis, aos olhos dos estoicos, a palavra de ordem de toda ação justa, o princípio de toda moral e de toda política. Porque a justiça é primeiramente *justeza:* assim como um ebanista ou um *luthier* ajusta uma peça de madeira num conjunto maior, um móvel ou um violino, não temos nada melhor a fazer além de tentar nos ajustar *à* ordem harmoniosa e boa que a *thoeria* acaba de nos desvendar[3].

Essa pode ser considerada a síntese do pensamento clássico a respeito do conceito de justiça. Há, todavia, autores clássicos com pensamento muito particulares, que constituem referências milenares, a merecer dedicada atenção. Vamos a eles.

O primeiro a ser citado é ninguém menos que SÓCRATES (469-399 a. C.). O "pai da filosofia" nunca chegou a escrever uma obra, sendo, em realidade, narrado nas obras de Platão, seu discípulo. Sócrates trava uma verdadeira batalha contra os sofistas, acusados por ele de manipulação argumentativa em torno de falsas verdades. Para os sofistas, a justiça residia na lei e nada mais. Sócrates vai além: para ele, a justiça não reside apenas na observância das leis convencionais (embora efetivamente a envolva), mas também nas leis naturais (e divinas) que regem a vida dos seres humanos. Há aqui, portanto, um componente ético que não se resume no convencionalismo das leis estatais, mas também na divindade (que, neste momento, se confunde com a ordem cósmica que organiza e rege absolutamente tudo). Justo é aquele que respeita as leis escritas, as leis naturais e, portanto, realiza o bem comum da *polis*.

---

[3] FERRY, Luc. *Aprender a viver:* filosofia para os novos tempos. Kindle edition. Rio de Janeiro: Objetiva, 2006, posição 491-496.

Não por acaso, muito embora tenha sido condenado à morte injustamente, Sócrates optou por não fugir, afirmando que não seria justo fugir da aplicação da sua pena. E conclui: pior que sofrer uma injustiça é cometê-la.

Discípulo de Sócrates, PLATÃO (348-347 a.C.) foi o responsável por incorporar sua filosofia e divulgá-la, em especial por meio dos chamados *diálogos*. Mais do que isso, Platão é o autor da obra **República**, uma das maiores referências da filosofia ocidental. Para ele, a justiça consiste em uma **virtude proeminente**, que possui destaque sobre outras virtudes humanas (como a coragem e o conhecimento). Ela é a responsável por organizar as três potências da alma humana, quais sejam, o lado **racional**, o lado dos **impulsos** e fatos e o lado das **necessidades básicas.**

A partir de tais potência da alma (como algo ideal), Platão desenvolve a sua teoria de organização social (da *polis*), de forma hierárquica e aristocrática, cada um com funções determinadas, cabendo aos sábios e filósofos o encargo de governar. Assim, justo é aquele que obedece a essa ordem divina preestabelecida, espelhando-se nos princípios da alma.

Discípulo de Platão, ARISTÓTELES (384-322 a.C.) pode ser considerado um dos maiores filósofos de todos os tempos. Dentre suas intensas obras, encontra-se o clássico **Ética a Nicômaco**, verdadeiro tratado ético que inspirou toda a filosofia que lhe sucedeu. O filósofo inaugura duas observações importantes a respeito da justiça: **a) a justiça é teleológica (ou seja, voltada a um propósito); b) a justiça é honorífica**[4]. Esses são os seus **pressupostos**, dos quais são desenvolvidos alguns conceitos gerais de justiça, a partir da compreensão de que tal palavra é dotada de vários sentidos.

Explicando melhor seus pressupostos, para Aristóteles, as discussões sobre justiça são "debates sobre a honra, a virtude e a natureza de uma vida boa", não existindo uma separação entre o justo e o

4 SANDEL, Michael. *Justiça:* o que é fazer a coisa certa. 6.ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2012, p. 233.

ético (ou moral)[5]. Cuida-se, pois, de uma concepção, ao mesmo tempo, teleológica (por buscar realizar "a boa vida") e honorífica (por associar a ideia de boa vida às "boas virtudes").

Muito do que escreve Aristóteles sobre ética e justiça está ligado à ideia da "vida boa", a excelência maior buscada por todas as pessoas, que está ligada à busca pelos talentos inatos de cada ser humano. O justo deve cultivar as boas virtudes.

Um dos primeiros conceitos de justiça trabalhados pelo filósofo consiste na **justiça geral (ou total)**, que pode ser compreendida como a soma de todas as virtudes, o respeito às leis morais e às leis do Estado. Sintetizando-se tal sentido, é possível afirmar que aquele que atua conforme as leis possui a excelência moral de ser justo. Em tal ponto, convém ressaltar que o filósofo não resume a justiça à lei estatal (justo legal, objeto de convenção):

> da justiça política, uma parte é natural, a outra é legal. A natural tem em qualquer lugar a mesma eficácia, e não depende das nossas opiniões; a legal é, em sua origem, indiferente que se faça assim ou de outro modo; mas, uma vez estabelecida, deixa de ser indiferente[6].

Para além da justiça geral, é possível falar também em uma **justiça particular (ou parcial)**, que consiste na expressão da **igualdade** (ou isonomia). Da justiça particular, podem ser desdobradas duas subcategorias: **a) justiça distributiva (a "justa medida") e; b) justiça comutativa (ou sinalagmática).**

Pela linha **distributiva**, a **justiça significa dar a cada pessoa o que ela merece (mérito[7])**, inaugurando uma espécie de isonomia

---

[5] SANDEL, Michael. *Justiça:* o que é fazer a coisa certa. 6.ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2012, p. 234.

[6] ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco.* Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2.ª edição, 1992, p. 102.

[7] Embora faça alusão ao critério da repartição de bens de acordo com o mérito de cada um, Aristóteles reconhece que não existe um critério único para definir o que se entende por mérito. Para os democráticos, o fundamental reside na liberdade; para os oligárquicos, na riqueza ou nobreza; para os aristocráticos, na virtude.

proporcional ("tratar os iguais igualmente e os desiguais desigualmente"). É a justiça que se pratica nas distribuições de posições, dinheiro ou qualquer outro bem às pessoas em geral. E para saber o que é devido a quem, é necessário olhar não apenas para as pessoas, mas também para os objetos que estão sendo distribuídos: "para determinar a justa distribuição de um bem, temos que procurar o *télos*, ou o propósito, do bem que está sendo distribuído"[8]. Os bens devem ser distribuídos àqueles que possuem maior excelência para executar o seu propósito. Em termos atuais, seria como dizer que os melhores carros deveriam ser distribuídos aos melhores motoristas (e não às pessoas mais ricas, por exemplo).

A **justiça corretiva,** por sua vez, tem por objetivo o "restabelecimento do equilíbrio rompido entre os particulares: a igualdade aritmética"[9]. Ela é exercida pelos juízes, que realizam a aplicação prudencial do direito, decidindo o que é justo para cada um, em situações de responsabilidade penal ou civil entre particulares:

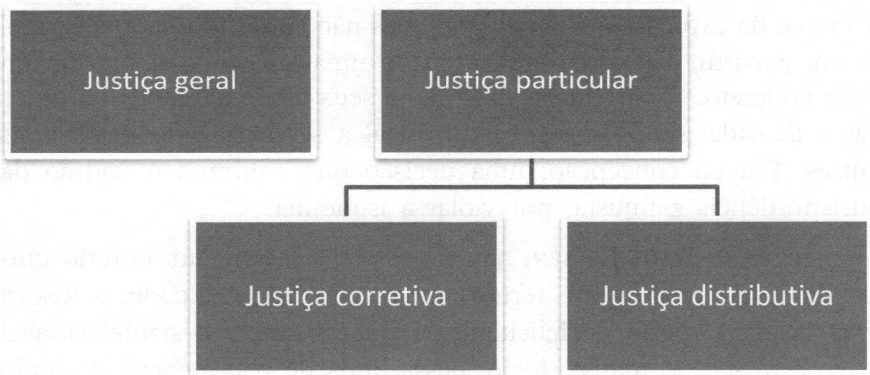
> é a que desempenha função corretiva nas relações entre as pessoas. Esta última se subdivide em duas: algumas relações são voluntárias e outras são involuntárias; são voluntárias a venda, a compra, o empréstimo a juros, o penhor, o empréstimo sem juros, o depósito e a locação (estas relações são chamadas voluntárias porque sua origem é voluntária); das involuntárias, algumas são sub-reptícias (como o furto, o adultério, o envenenamento, o lenocínio, o desvio de escravos, o assassino traiçoeiro, o falso testemunho), e outras são violentas, como o assalto, a prisão, o homicídio, o roubo, a mutilação, a injúria e o ultraje[10].

Podemos esquematizar o pensamento de Aristóteles em relação à justiça da seguinte forma:

---

[8] SANDEL, Michael. *Justiça:* o que é fazer a coisa certa. 6.ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2012, p. 234.

[9] BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Curso de filosofia do direito.* 8. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 135.

[10] ARISTÓTELES. *Ética à Nicômaco.* São Paulo. Nova Cultural: 1996, p. 197.

Curiosamente, no mundo **romano,** a ideia de justiça não se desenvolve da mesma forma. Ao contrário do que se pensa, os romanos eram incrivelmente pragmáticos, sem muitas divagações sobre o que é o justo, de forma abstrata. Assim, em Roma, a justiça e o direito representavam a mesma coisa, um fenômeno que continuava a ostentar o caráter sagrado, consistente na aplicação da **prudência.** Daí advém a palavra "jurisprudência" (a aplicação prudencial do direito, como explica Tércio Ferraz Jr.).

Posteriormente, no período medieval, autores como Tomás de Aquino e Agostinho, que se dedicaram às obras aristotélicas, desenvolveram (e repetirão) os conceitos trazidos por Aristóteles e também por Ulpiano, somando-se as noções de igualdade e de justiça como ato de "dar a cada um o que é seu".

## 1.2. Sentido estrito de Justiça, como valor jurídico-político

A ideia de justiça como valor jurídico-político é algo diverso daquilo que tratamos nas últimas linhas. No mundo antigo, a ideia de **justiça** significava, em vários aspectos, algo em conformidade com uma ordem divina anterior aos seres humanos.

A justiça como valor jurídico-político, desenvolvida por inúmeros autores, parte do pressuposto de não ser ela um **dado apriorístico,** mas sim uma **construção social, produto da cultura humana.**

Assim, para Alf Ross, expoente do realismo nórdico, a justiça consiste na expressão da igualdade, mas não como um dado abstrato, e sim a partir da correta aplicação de uma lei geral, diante de um caso concreto. A corrente realista deita seus olhos na concretude dos fatos da vida, sendo a justiça um ideal a ser alcançado pelos bons juízes. Em tal concepção, uma decisão que contraria o padrão da jurisprudência é injusta, por violar a isonomia.

Segundo Hans Kelsen, não é possível falar em um critério único de justiça, válido em termos universais. Em realidade, a justiça está ligada à noção de felicidade, o que se revela bastante variável nas pessoas e no tempo. Justo, nessa linha de pensamento, é aquilo aceito pela sociedade, e não o produto de um direito natural (seja ele fruto da razão ou de alguma divindade). Consequentemente, a justiça repousa no direito positivo, um dado objetivo que serve de padrão de comportamento para todos.

Kelsen defende a ideia de que o direito pode ter qualquer conteúdo. O que o diferencia dos demais sistemas normativos não é a sua matéria – ou seja, as condutas incentivadas ou proibidas –, mas sim a forma utilizada para que o objetivo seja concretizado. Esse raciocínio diferencia, portanto, o Direito (técnica formal) do seu conteúdo (justo para uma dada comunidade).

Esse posicionamento – claramente relativista – nasceu com o positivismo jurídico em sentido amplo. Diferentemente do jusnaturalismo, que parte da ideia de uma justiça universal – e, portanto, de um direito imutável –, o juspositivismo contemporâneo rejeita a identificação da justiça como um valor imutável. Ela não é transcendental, mas sim imanente. Consequentemente, não deriva puramente da razão ou da revelação divina, mas sim do valor jurídico-político adotado em um determinado espaço, num determinado tempo. Em ambientes democráticos esse valor deve ser construído a partir do consenso, como defende Habermas, em sua teoria da ação comunicativa.

## 1.3. Divergências sobre o conteúdo do conceito

Diante de tudo que foi exposto nas linhas acima, é possível observar que a palavra **justiça** é absolutamente polissêmica. Se tivés-

semos mil páginas à nossa disposição, ainda assim não seria possível catalogar e expor razoavelmente tudo aquilo que foi produzido pela literatura ocidental, a respeito do tema.

Para os propósitos do nosso trabalho, é importante conhecer os principais autores e as principais linhas de raciocínio, que apresentam variadas interseções.

Vale ressaltar, por último, uma obviedade. É que a palavra justiça é comumente empregada com dois significados bem distintos: ela é, a um só tempo: **a) um valor a ser alcançado** ("justiça", com inicial minúscula) **e; b) o órgão público encarregado de aplicar o direito aos casos concretos** ("Justiça", com inicial maiúscula). Nesse sentido, revela PAULO NADER:

> Na terminologia jurídica, a palavra *justiça* constitui um termo análogo, pois se aplica em dois sentidos afins: de um lado, como valor a ser realizado nas relações interindividuais sob o comendo da lei; de outro, como órgão público responsável pela aplicação do Direito aos casos concretos. Neste sentido, na mitologia grega havia a deusa da Justiça *Diké,* filha de Zeus e Themis, simbolizada por uma estátua em que se apresenta sustentando na mão esquerda uma balança, onde o equilíbrio dos pratos revela a precisão do julgamento; na mão direita uma espada, sinal da força como garantia do cumprimento da decisão; os olhos bem abertos indicavam a procura da verdade. Na simbologia romana, a deusa *Iustitia*, a expressar a imparcialidade das decisões, se apresentava com olhos vendados.
>
> Embora mais associado à esfera jurídica, o valor justiça diz respeito, ainda, a outros instrumentos de controle social, como a Moral, a Religião e as Regras de Trato Social. A ideia do justo se encontra enraizada em todas as sociedades civilizadas e a ação do tempo é no sentido de adaptá-la aos avanços sociais, aperfeiçoando-a também na medida em que se reconhece a extensão da *dignidade da pessoa humana*. Em realidade, as sociedades são civilizadas quando seus membros e instituições se orientam em conformidade com a noção mais elevada de justiça[11].

---

[11] NADER, Paulo. Filosofia do direito. 21º ed., Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 68.

## 2. O CONCEITO DE DIREITO

### 2.1. Aspectos gerais

Se o conceito de justiça é polissêmico, também o é o conceito de Direito. É preciso dizer, desde já, que, durante muito tempo, sequer houve uma distinção entre direito e justiça (em especial na antiguidade), confundindo-se justiça e aplicação prudencial do direito.

Posteriormente, concebendo-se o Direito como um produto social, foi possível diferenciá-lo da justiça (embora sendo ela também um produto social). O direito é majoritariamente concebido como a produção normativa de uma determinada sociedade, organizada nas mãos do Estado, que o produz, numa democracia, sob o princípio da soberania popular. A justiça, por sua vez, é um valor cultural a ser perseguido pelo direito, produto da atividade estatal.

Há inclusive autores (minoritários) que aludem a um direito não-estatal, recorrendo a fontes alternativas de sua criação, a exemplo do produto das culturas de comunidades indígenas e quilombolas.

Conforme ressalta MIGUEL REALE, o Direito é um fenômeno multidimensional, manifestando-se em **três dimensões básicas: a) fato; b) valor e c) norma.** Cuida-se de um conjunto de princípios e regras voltados não apenas à regulação da sociedade, mas também para a emancipação das pessoas enquanto titulares de direito, constituindo um instrumento importante para a construção de uma ordem socialmente justa. Ele observa e regula os **fatos sociais**, por meio da aplicação de **normas jurídicas** que consagram **valores humanos.**

Mas nem sempre o Direito foi assim compreendido. Numa linha clássica, preocupada apenas com a segurança jurídica, o papel do direito estava resumido na limitação do arbítrio individual. Evidentemente, tal conceito se encontra ultrapassado, como veremos no tópico a seguir.

### 2.2. Evolução histórica

Para que se possa falar em "conceitos de direito", torna-se necessário fazer uma investigação histórica sobre sua concepção em

distintos momentos. Com base na obra de TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JR, podemos organizar o tema em distintos momentos:

**a) Sociedades "primitivas"** – Nas primeiras sociedades, o Direito consistia em um **símbolo de retidão e equilíbrio.** Daí deriva palavra *Diké*, nome da deusa grega da justiça, equivalente à deusa romana *Iustitia*. A palavra *diké* deriva de um vocábulo que significa **limites às terras de um homem.** Nas **sociedades antigas,** o poder está fundamentado no **princípio do parentesco**, que as organiza em famílias. Além disso, o Direito consiste em uma **ordem querida por um deus (divindade)**. Caberia aos sacerdotes e juízes a aplicação dessa ordem divina, **não havendo distinção entre o conhecimento do direito e a sua prática/aplicação.** Por óbvio, o desenvolvimento das sociedades tornou insuficiente sua organização pelo princípio do parentesco.

**b) Jurisprudência romana: o Direito como diretivo para a ação** – Na antiguidade clássica, o Direito continuava a ser um fenômeno de **natureza sagrada**, consistente no **exercício de uma atividade ética (a prudência).** Ele consiste na **virtude moral do equilíbrio e da ponderação do julgamento.** Com o tempo, o Direito alcançou um nível de abstração mais elevado, agregando-se diversas regras e princípios, meios de interpretação etc. Com o crescimento de tal complexidade, a dogmática jurídica começa a nascer, de modo a **se distanciar conhecimento e aplicação do direito.**

**c) Dogmaticidade na Idade Média** – No período da Idade Média, **o Direito passa a ser visto como dogma.** Aqui, **o Direito não perdeu seu caráter sagrado,** adquirindo, porém, uma dimensão **transcendente** (como algo externo à vida humana), diferentemente do que pensavam os romanos, em que a dimensão do direito era imanente. É nesse momento que a **ciência do direito propriamente dita nasce,** mais precisamente em Bolonha no século XI. O pensamento dogmático deriva das resenhas críticas dos digestos de Justiniano, que foram muito estudados na universidade. É também aqui que se fala no ***jus commune***: uma pretensa regulação geral do Direito europeu, com base no direito romano, sendo os digestos justinianos aceitos como base indiscutível (dogma).

**d) Direito na era moderna** – Sobretudo a partir do renascimento, o Direito perde o seu caráter sagrado, transformando-se em uma

**ordenação racional**, atrelada à técnica. Ademais, com a formação dos Estados nacionais (dotados de soberania), a cosmovisão medieval (*jus commune*) deixa de existir e a teoria jurídica muda as suas bases. Não mais interessa o dogma e os estudos dos digestos, mas sim o estabelecimento de uma ordem jurídica racional, capaz de estabilizar a sociedade, trazendo segurança jurídica para o desenvolvimento da economia e o exercício do poder. O Direito assume um caráter **sistemático e objetivo,** sem romper **com o caráter dogmático,** que agora repousa na generalidade racional.

e) **Positivação do direito no século XIX** – A partir do século XIX, o Direito passa a se confundir com **a norma posta.** Isso se deve ao aparecimento do Estado absolutista, momento em que houve uma **concentração do poder de legislar.** Também nesse momento é desenvolvida a **teoria clássica de separação de poderes**, afastando-se por completo o Direito da política. O Judiciário, em tal momento, é objeto de desconfiança, em especial pela sua associação ao antigo regime autoritário, sendo a lei uma forma de neutralizar o papel dos juízes.

f) **Ciência do direito na atualidade** – Nos dias atuais, é possível dizer que o Direito é concebido primordialmente como um **instrumento decisório.** A ciência do Direito tem por objeto não apenas um conjunto de normas, mas também métodos de interpretação e aspectos próprios da filosofia, sociologia, economia etc. A grande preocupação do jurista atual reside na **coerência do Direito,** como algo que deve servir para a concretização de direitos individuais e coletivos, de forma isonômica e íntegra. O paradigma atual (pós-positivismo) busca superar os males da adoção de um juspositivismo extremo, fazendo uma aproximação com o jusnaturalismo:

| Jusnaturalismo | Juspositivismo |
|---|---|
| Surge em três fases:<br>**a) Direito grego e romano;**<br>**b) Na Idade Média (dogmático);**<br>**c) Na Modernidade.** | Surgem no século XIX, tendo os seguintes precedentes:<br>• **A codificação de Justiniano;**<br>• O pensamento de Thomas Hobbes e o surgimento do **Estado nacional**, com as revoluções liberais. |

| Jusnaturalismo | Juspositivismo |
|---|---|
| **Jusnaturalismo grego e romano:**<br>Possui natureza **cosmológica, de origem pré-socrática**. Na visão de pensadores como **Heráclito de Éfeso**, as leis humanas derivam de uma **lei única, universal e eterna, acessível ao conhecimento pela razão**.<br>A ***jurisprudentia*** romana desenvolve-se a partir das ideias dos gregos, concebendo o direito como algo **derivado da própria natureza, baseado na razão e nos princípios universais**. | **Pressupostos:**<br>• Dogma da onipotência do legislador;<br>• Crítica ao direito natural;<br>• Movimento pela codificação e segurança;<br>• Redução do Direito à norma posta;<br>• O direito como um ordenamento (sistema) fechado e completo;<br>• Negação da existência de lacunas;<br>• Identidade entre lei e justiça;<br>• Inaugura a ciência dogmática do Direito. |
| **Na idade média:**<br>Surge aqui a **concepção teológica do direito**, que deriva de uma lei universal e inata, mas de **natureza transcendental e dogmática, sob influência do direito canônico**.<br>As normas são **reveladas por Deus**. | **Momento histórico do seu auge:**<br>Código Civil de Napoleão e a Escola da Exegese. A era das codificações e o fetichismo da lei, após as vitórias das revoluções burguesas, inspiradas no jusnaturalismo.<br>Serve para conservar, de maneira segura, as conquistas das revoluções burguesas.<br>Na França, repele a aristocracia judicial. |
| **Na idade moderna:**<br>A partir do **Renascimento**, os ideais do jusnaturalismo clássico são retomados, com a **valorização do ser humano, com direitos naturais e essenciais**.<br>Referência: HUGO GROTIUS. | Entende que **o juiz é apenas um aplicador da lei**, não havendo necessidade de que o julgador busque a justiça, que não passa de um ideal.<br>Se a lei é justa ou injusta, isso não é um problema a ser resolvido pelo juiz. |
| **Síntese:** reconhece a existência de um **direito natural: a) distinto do direito positivo, com origem na natureza e atemporal; b) é constituído por valores, princípios e normas universais e imutáveis, válidas em todo lugar e momento; c) é o direito autêntico, tendo superioridade sobre o direito positivo; d) deriva da natureza humana.** | A interpretação jurídica deve ser **literal ou lógico-dedutiva**, não sendo reconhecido um papel criador do juiz.<br>• **Objeto** do direito: **lei escrita**;<br>• **Finalidade: manutenção da ordem econômica e social;**<br>• **Método interpretativo: literal.** |

| Jusnaturalismo | Juspositivismo |
|---|---|
| **Crítica:** para autores como KELSEN e BOBBIO, o direito natural não existe, pois não tem eficácia, não garante a paz nem a segurança e se vale de conceitos opostos. A ideia de "natural" pode servir a propósitos antagônicos. | **Observação:** KELSEN, um de seus maiores expoentes, admite a função criadora do juiz, que exerce um ato de vontade, numa interpretação que não é certa ou errada. Porém isso não é objeto da **ciência dogmática do direito.** |
| **Herança:**<br>• A ideia de sistema;<br>• A ideia de direitos individuais e fundamentais;<br>• A permanência de aspectos éticos no direito;<br>• A doutrina dos direitos humanos. | |

## 2.3. Jurisprudência dos conceitos, jurisprudência dos interesses e jurisprudência dos valores

Diante das mais variadas teorias que cuidam de imprimir uma visão ao direito, merecem destaque, para os fins da presente obra, três correntes.

A primeira delas, denominada **jurisprudência dos conceitos**, teve como principais expoentes IHERING, SAVIGNY e PUCHTA, a partir das contribuições da escola histórica. Cuida-se da primeira subcorrente do positivismo jurídico. Tal linha ostenta um caráter **formalista**, **sistemático e dogmático**, identificando o Direito na **lei escrita**, bem como nos conceitos científicos doutrinários, especialmente aqueles desenvolvidos pelos germânicos, ao interpretar o Corpus Juris Civilis romano. A justificação da lei escrita no seio social destaca o papel dos juristas, no descobrimento e sistematização dos institutos jurídicos.

A **jurisprudência dos interesses**, por seu turno, teve como maior expoente PHILIPP HECK, sendo a segunda subcorrente positivista. Nela, a norma escrita **deveria refletir interesses** previstos pelo legislador quando de sua interpretação, agregando à corrente anterior a **interpretação teleológica.**

Por fim, a **jurisprudência dos valores** é liderada por autores como Robert Alexy e Ronald Dworkin. Cuida-se de uma visão pós-positivista do direito, que realiza uma reaproximação entre direito e moral (e, portanto, entre jusnaturalismo e positivismo). Em tal momento nos encontramos atualmente, com um amplo desenvolvimento da hermenêutica jurídica e da teoria dos princípios.

| Jurisprudência dos conceitos | Jurisprudência dos interesses | Jurisprudência dos valores |
|---|---|---|
| Seus principais representantes foram Ihering, Savigny e Puchta. | Principal representante: Philipp Heck. | Robert Alexy e Ronald Dworkin. |
| Foi a primeira subcorrente do positivismo jurídico. | Segunda subcorrente do positivismo jurídico. | Pós-positivismo. |
| A norma escrita deve refletir conceitos, quando de sua interpretação. | A norma escrita deve refletir interesses, quando de sua interpretação. | Mudanças na teoria da norma, na teoria da interpretação etc. |
| Características: o formalismo; a sistematização; a busca de justificação da norma específica com base na mais geral. | Caracteriza o direito como de fonte dogmática. | Princípio = norma, aplicado pelo critério da ponderação. |
| Exegético. | Mudança: interpreta-se a norma, basicamente, tendo em vista as finalidades às quais esta se destina (interpretação teleológica). | Valorização dos direitos fundamentais e amplitude hermenêutica. |

## 2.4. Equidade

Diversos autores já se dedicaram ao tema da equidade, mas o mais expressivo certamente foi ninguém menos que o filósofo Aristóteles. Em sua obra **Ética a Nicômaco**, o grego de Estagira desenvolve o seguinte raciocínio: a lei convencional (justiça legal) ostenta um caráter universal, geral e genérico. Ocorre que alguns fatos da vida não podem ser tratados diretamente por uma lei geral. Assim sendo, toda vez em que a lei não regula expressamente uma situação concreta (ficando, portanto, fora do que regulamentou o legislador), pode o aplicador do direito corrigir tal omissão, **acrescentando aquilo que o legislador teria regulado se estivesse diante do caso concreto.**

A equidade aqui, portanto, é uma forma de integração da lei, mas sempre voltada à vontade do legislador. Assim, o que é **equitativo é justo,** mas não no sentido legal, da norma convencional.

Posteriormente, em Roma, a ideia de se confundirá com a própria aplicação do Direito.

A noção aristotélica de equidade como forma de integração do direito, nas hipóteses de lacunas legislativas perdura até hoje. A título de exemplo, o Código de Processo Civil de 2015 dispõe expressamente, em seu art. 140, que "o juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico". O seu parágrafo único complementa: "o juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei".

A equidade, até os dias atuais, opera como uma espécie de **justiça do caso concreto**, atuando como ferramenta de integração do direito. No Brasil, esse recurso somente pode ser usado se a lei expressamente o permitir, conforme dispõe o supracitado dispositivo do NCPC. E isso se dá para evitar uma atuação excessivamente discricionária do julgador, evitando-se, ao mesmo tempo, decisões voluntaristas.

As razões para a restrição da equidade, em alguns países, decorrem de uma questão relacionada com a **legitimação democrática** e com o histórico da Revolução Francesa (e demais revoluções liberais, em especial as ocorridas na Europa continental). É que, na França do Antigo Regime, o Poder Judiciário estava intimamente ligado à nobreza, a ponto de haver sucessões hereditárias de juízos (como se o juízo fosse um bem privado). Na Europa continental como um todo, existe uma clara desconfiança em relação ao Poder Judiciário, que é composto por agentes públicos não eleitos (e, portanto, sem legitimação no princípio da soberania popular). É essa a raiz da contenção da equidade nos dias atuais.

## 2.5. Direito e Moral

### 2.5.1. Teorias diferenciadoras

Qual a diferença entre Direito e moral? Não são poucos os autores que escreveram sobre tão relevante tema. Como visto, na idade

antiga, não havia uma separação rígida entre as duas ideias. Ao revés, a aplicação do Direito se confundia com o exercício de uma atividade prudencial (a ética, que, àquele tempo, identificava-se com a moral).

Para fins meramente didáticos, dentro do contexto e da proposta do presente trabalho, à luz do pensamento de IMMANUEL KANT, é possível esquematizar a diferenciação entre moral e direito da seguinte forma:

| Direito | Moral |
|---|---|
| O direito é um **conjunto de regras de coerção.** | A moral é um conjunto de **princípios éticos que não possuem coercibilidade** (ou, se existente, ela é difusa). |
| O direito se preocupa com **aspectos exteriores** das pessoas, de **forma bilateral (relação entre pessoas). É o que se chama intersubjetividade.** | A moral age **no foro íntimo da pessoa, de forma unilateral, sendo relevante a motivação das ações (KANT).** |
| Síntese: **coercibilidade, exterioridade, intersubjetividade.** | Síntese: **incoercibilidade, interioridade e unilateralidade.** |

A esse respeito, também merecem considerações as contribuições de JOHN HART ELY, para quem "algumas das regras são legais e existem porque são válidas, enquanto outras possuem natureza moral e existem porque são aceitas em termos gerais"[12].

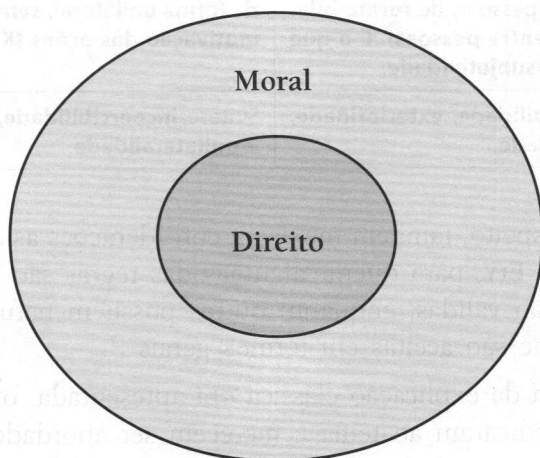
Para além da explicação clássica ora apresentada, outros autores também se dedicaram ao tema e merecem ser abordados.

É o caso da **teoria do mínimo ético**, criada por JEREMY BENTHAM, mas desenvolvida e propagada por GEORG JELLINEK. Segundo ela, o Direito deve ser considerado como uma espécie dentro do gênero moral, por ser construído a partir de um conteúdo "mínimo de moralidade". Ela reconhece a necessidade de um conteúdo moral mínimo para que o direito seja útil a uma sociedade, possibilitando a sua sobrevivência. Consequentemente, a moral absorve o direito, como uma relação entre círculos concêntricos (o direito está contido na moral). Partindo-se da premissa de que os requisitos da lei e da

[12] LYONS, David. *Ethics and the rule on law.* Cambridge: Cambridge University Press, 1987, p. 72.

moralidade não são equivalentes, conclui-se que "os padrões morais são comumente mais extensos e demandam mais que os padrões legais"[13].

Essa teoria defende o contrário do que explica **KANT**, que busca separar claramente a moral do Direito. Sua importância é inegável, tendo em vista que, como explica **PAULO NADER**, "não pode haver o justo divorciado da moral, nem ações morais que não sejam substancialmente justas"[14]. Sem dúvidas, a moral contribui na elaboração das normas jurídicas, influenciando o seu conteúdo valorativo. Assim sendo, tanto o legislador quanto o juiz se valem inevitavelmente das normas morais, o que imprime maior dinamismo, observados os valores eleitos por determinada sociedade, num determinado período do tempo.

**Teoria do mínimo ético**

É digna de nota, porém, a polêmica a respeito da chamada "correção moral do Direito". Para autores como **LUÍS ROBERTO BARROSO**, com fundamento em **ROBERT ALEXY**[15], a correção moral

---

13 LYONS, David. *Ethics and the rule on law.* Cambridge: Cambridge University Press, 1987, p. 70.

14 NADER, Paulo. Filosofia do direito. 21º ed., Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 68-69.

15 "Isto é assim porque Alexy identifica problemas centrais concernentes à natureza do direito, dois dos quais dizem respeito às dimensões do direito, que o jurista alemão as subdivide em dimensão real ou fática e dimensão ideal ou crítica do direito. A primeira dimensão é representada pelos elementos da publicação/aplicação competente e eficácia social, dimensão em que estariam as relações entre direito e coerção, direito

do Direito e das decisões jurídicas impõe uma vinculação entre o Direito e a moral, em superação ao paradigma positivista. A correção equivaleria à própria ideia de justiça, fundamentando uma "reserva mínima" correspondente aos direitos humanos básicos[16]. Nessa linha, à luz da chamada "fórmula Radbruch", a extrema injustiça não pode ser considerada direito. Por outro lado, autores como **Lenio Streck**, preocupados com o ativismo judicial, defendem que, "para uma hermenêutica (constitucional) preocupada com a democracia, é necessário evitar discricionariedades, decisionismos e a correção moral do direito"[17].

A teoria do mínimo ético enfrenta diversas críticas, em especial por inserir por completo o Direito na moral. Para diversos autores, a exemplo de **Miguel Reale**, existem elementos do Direito que não possuem qualquer relação com a ética[18]. É o caso, por exemplo, de uma regra jurídica que define o horário comercial em uma cidade, ou o prazo para apresentação de um recurso em um processo judicial. Outros autores ainda aderem à teoria do mínimo ético, afirmando

---

e procedimentos de institucionalização da criação e aplicação das normas e direito e aceitação. Esta última, relacionada intrinsecamente à segunda dimensão, na qual Alexy questiona justamente a relação entre direito e moral, afirmando que o Direito necessariamente levanta uma pretensão de correção, e essa pretensão compreende uma pretensão de correção moral. O autor chega a conclusão de que há casos em que o discurso jurídico não dá conta, devido a sua textura aberta – os chamados *hard cases* (Hart). Nesses casos, a moral é empregada complementarmente para resolvê-los. Em outras palavras, para Alexy, os casos difíceis não podem ser decididos por razões consideradas exclusivamente a partir do direito. Ou seja, o intérprete deve pautar-se a partir de diferentes razões que não propriamente aquela extraída do direito, especialmente as considerações de justiça... E como as considerações de justiça pertencem ao conjunto de razões morais, e tais considerações são consideradas prioritárias (entre todas as possíveis razões – jurídicas, morais e, inclusive, amorais), a moral prevaleceria para a tomada de tal decisão; o que faria emergir, segundo o autor, uma concepção não positivista do direito" (STRECK, Lenio. *Porque a discricionariedade é um grave problema para Dworkin e não o é para Alexy*. Disponível em: http://www.e-publicacoes_teste.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/viewFile/8350/6377. Acesso em 26 nov. 2017).

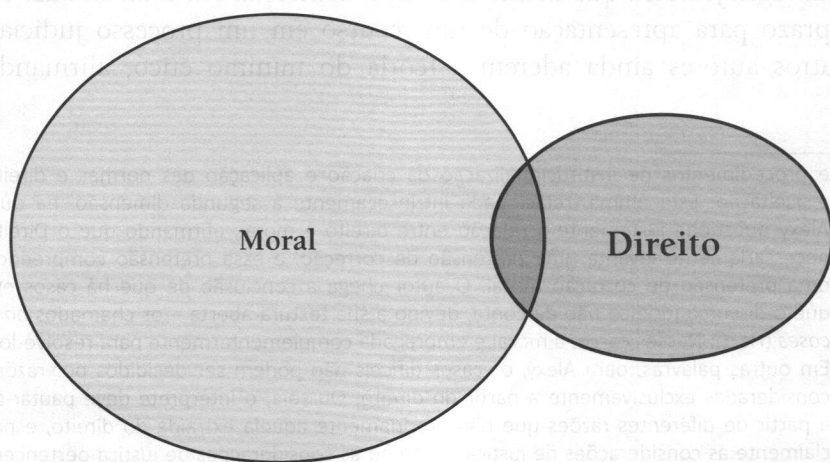
16 BARROSO, Luís Roberto. *Grandes transformações do direito contemporâneo e o pensamento de Robert Alexy*. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/palestra-barroso-alexy.pdf. Acesso em 26 nov. 2017.

17 STRECK, Lenio. *Hermenêutica constitucional*. Disponível em: https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/18/edicao-1/hermeneutica-constitucional. Acesso em 26 nov. 2017.

18 Na célebre frase atribuída a Paulo de Tarso, "Todas as coisas me são lícitas, mas nem todas as coisas convêm" (Coríntios 6:12).

que, independentemente do seu conteúdo, o Direito é sempre criado a partir de preceitos éticos mínimos, o que confirmaria a teoria.

Uma outra forma de abordar o tema, contrapondo-se à teoria do mínimo ético, é apresentada por CLAUDE DU PASQUIER, com sua **teoria dos círculos secantes**. Fazendo referência à geometria, tal teoria entende que o Direito e a moral não se relacionam como círculos concêntricos, mas sim secantes. Em outras palavras, o círculo maior corresponde à moral, enquanto o menor corresponde ao Direito. A diferença é que nem todos os fatos alcançados pela moral são regulados pelo direito (e vice-versa), havendo uma zona de interseção. Como consequência, cada círculo possui um domínio exclusivo e uma faixa comum.

**Teoria dos círculos secantes**

Também a **relação entre direito e moral** foi objeto do pensamento de JÜRGEN HABERMAS. Para o autor, esses campos também são integrados. Diferentemente do que concebia o pensamento positivista clássico, aqui a moral e o direito não são campos separados, mas sim **complementares**, na medida em que a argumentação moral integra o direito. Isso não significa, por óbvio, que tais domínios se confundam. O direito possui a marca maior da institucionalização, além de ter um conteúdo menos geral e amplo que a moral. Todavia, como a moral também se interessa pela intersubjetividade, ou

seja, pela convivência entre seres humanos no mesmo seio social, as suas razões fazem parte do discurso e da fundamentação do direito. A distinção entre tais campos pode ser analisada a partir de três aspectos: o objeto (conteúdo), a validade e o modo de produção:

**Direito e moral em Jürgen Habermas:**

| | **Moral** | **Direito** |
|---|---|---|
| **Objeto:** | A moral tem como marca a **universalidade** do objeto. Cuida-se de um objeto cultural de conteúdo amplo, mas sem obrigatoriedade/coercibilidade institucional. | O direito tem por objeto um **modelo de conduta** que pode ser exigido das pessoas (coercibilidade). |
| **Validade:** | A validade da norma moral é absoluta, em razão do seu caráter dogmático. | A validade das normas jurídicas é relativa, pois depende de diversos fatores, tais como a moral, questões políticas, utilitaristas, sistemáticas etc. |
| **Modo de produção:** | As normas morais são construídas sem procedimento determinado. | As normas jurídicas são criadas a partir de um procedimento racional. |

No campo da Teoria do Direito, a reaproximação entre Direito e moral – afastados pelo pensamento positivista – ocorreu sobretudo com o pós-positivismo, considerados os efeitos negativos produzidos pela adoção de o juspositivismo ao extremo. Especialmente no período pós-guerra, a noção mais clara dessa reconstrução da moral pode ser vista na **afirmação da ideia de direitos humanos e na valorização da dignidade da pessoa humana**, anteriormente desenvolvida a partir dos ensinamentos de Kant. Atualmente, é inegável que o tanto o legislador quanto o juiz recorrem a elementos morais: o primeiro, ao selecionar os bens que merecem proteção jurídica; o segundo, para a resolução dos casos concretos, dado o caráter abstrato dos textos normativos.

No paradigma pós-positivista (que procura fazer uma união entre o positivismo e o jusnaturalismo), há um consenso geral sobre a ideia de que **texto é algo diferente de norma** (Friedrich Müller). Apenas para fins didáticos, pensemos numa placa que expõe "proibido biquíni", em frente a uma praia. O mesmo texto proibitivo

pode ter diferentes significados, a depender do contexto. Décadas atrás, poderia significar a proibição de trajes de banho considerados impróprios, numa sociedade moralmente conservadora e machista. Nos dias atuais, a mesma placa, com o mesmo texto, poderia estar tranquilamente fixada em frente a uma praia nudista, impondo que os seus frequentadores adentrem sem qualquer peça de roupa. Duas ideias absolutamente distintas em um mesmo texto, interpretadas por meio de recursos morais.

A permeabilidade da moral ao Direito se dá por diversos meios, dentre eles a técnica de redação de textos por meio de **cláusulas gerais**, que trazem conceitos indeterminados, permitindo que um mesmo texto normativo possibilite interpretações que variam com o tempo, sem necessidade de reforma, adaptando-se aos valores sociais. É o caso do art. 113 do Código Civil, que dispõe: "Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração".

## 2.5.2. Julgamento moral e o Direito

A natureza dos julgamentos morais consiste em um dos grandes temas do estudo da filosofia, que se torna ainda mais complexo se acrescentamos o Direito como objeto da crítica moral. Em nossas atividades rotineiras, nós comumente julgamos determinadas leis como boas ou más, justas ou injustas. Não raramente, pensamos em possíveis caminhos para que o direito se aperfeiçoe e as leis se tornem mais justas, o que tem sido palco de debates políticos nos mais variados temas[19].

A respeito de tal ponto, devemos nos perguntar: de onde se originam os julgamentos morais? Seriam eles fundamentalmente arbitrários? O progresso científico das últimas décadas trouxe como consequência uma descrença generalizada aos estudos sobre a moralidade. Criou-se, ao longo dos anos, uma ideia de que a ciência lida com os fatos – que podem ser objetivamente testados –, enquanto

[19] LYONS, David. *Ethics and the rule on law.* Cambridge: Cambridge University Press, 1987, p. 5.

a moral lida com valores, cuja natureza subjetiva conduziria a um inevitável ceticismo intelectual.

Tal ceticismo, pois, parte da dualidade entre fatos e valores, sendo estes últimos escolhas, ao final das contas, meramente arbitrárias. Mas será que possuem razão os céticos? É dessa pergunta que trata David Lyons, em sua célebre obra *Ethics and the rule of law*. O autor inicia sua argumentação tratando da relação entre o direito e os padrões morais.

De fato, a teoria jurídica sempre demonstrou preocupações com a natureza da moralidade, a começar com os pensadores jusnaturalistas. Em seu Tratado da Lei, São Tomás de Aquino (1225-1274), expoente maior do **jusnaturalismo medieval**, defende que o Direito pode e deve ser considerado a partir de um ponto de vista moral. Para ele, o Direito consistiria em uma ordem racional para o bem comum, promulgado por aqueles que devem cuidar da comunidade. Tal visão não o torna cego, pelo contrário. Para Aquino, como as leis são criadas por humanos, elas podem ser justas ou injustas, dependendo a sua coercibilidade da concordância com as leis da razão, da natureza. Caso se afaste das leis da natureza, as leis humanas se transformam em uma perversão do ideal do direito. Reforça o autor: as leis humanas são justas quando servem ao bem comum, distribuem encargos de forma justa, não revelam desrespeito a Deus e não excedem a autoridade do seu criador. Assim sendo, as pessoas somente seriam moralmente obrigadas a cumprir as leis justas, não as injustas[20].

Séculos depois de Aquino, John Austin (1790-1859), expoente do positivismo jurídico, em sua obra *The Province of Jurisprudence Determined*, expôs uma forma de pensar o direito bastante peculiar ao seu tempo. Para o autor, o direito deve ser concebido como um fato social bruto, baseado em poder, que pode ser exercido para o bem ou para o mal. É dizer, as leis seriam concebidas como comandos coercitivos, aptas a serem consideradas justas ou injustas. Sua teoria busca descrever a natureza das normas jurídicas a partir de uma di-

[20] LYONS, David. *Ethics and the rule on law*. Cambridge: Cambridge University Press, 1987, p. 8.

visão entre três diferentes campos: o direito divino (leis supostamente desenhadas por Deus para humanos), o direito positivo (leis criadas por autoridades políticas) e moralidade positiva (regras informais e costumeiras, gestadas no seio social). Quanto às leis positivas, estas poderiam ser objeto de julgamento a partir tanto do direito divino quanto pela moralidade.

Percebamos pois que, embora por caminhos teóricos totalmente diversos e separados por séculos, Austin e Aquino chegam à mesma conclusão: leis podem ser justas ou injustas. Além disso, ambos concebem o "direito divino" como a principal fonte da moralidade, em uma concepção teológica da moral.

Tal concepção teológica, por óbvio, acabou não sendo abraçada por agnósticos e até mesmo filósofos que acreditavam na existência do divino. Embora ainda haja inúmeros simpatizantes da origem divina da moralidade, o pensamento filosófico dominante não concorda com a ideia de que os padrões morais seriam dependentes da vontade de Deus. Para **IMMANUEL KANT (1724-1804)**, o ser humano deve ser concebido como um agente racional, capaz de guiar seu comportamento pela razão, e não pelo divino. É da crença no potencial emancipatório da razão sobre a ação que Kant extrai a sua noção de imperativo categórico. Igualmente, para **JEREMY BENTHAM (1748-1832)**, as leis devem servir ao bem-estar dos seus destinatários, o que deve ser analisado não com base no divino, mas sim em um princípio da utilidade que maximiza a felicidade, sendo guiado pela razão.

Mais uma vez, percebamos que, embora com teorias muito diversas, todos os autores citados partem do pressuposto de que os julgamentos morais possuem uma base não arbitrária, repousando na razão ou em Deus[21]. A partir desta introdução das ideias, convém tratarmos de outras formas de concepção da natureza do julgamento moral, analisando particularmente três correntes: **o niilismo ético, o relativismo social e o relativismo individualista.**

Os adeptos do **niilismo ético** partem do pressuposto trazido pelas ciências da psicologia e da antropologia, no sentido de que as atitudes

[21] LYONS, David. *Ethics and the rule on law.* Cambridge: Cambridge University Press, 1987, p. 11.

morais resultam de um processo de "enculturação"[22]. Em outras palavras, a moralidade é algo que se aprende, sendo desenvolvida e bastante variada, a depender dos grupos sociais originários. Como consequência de tal processo, não poderia ser reconhecida uma validade objetiva à moral, afastando-se qualquer possibilidade de que seja testada. Como tudo na vida, tal corrente, embora bastante sedutora, não é imune a críticas. Como explica **David Lyons**, ela comete o grave equívoco de não saber distinguir o fato de algo ser objeto de crença do conteúdo da crença em si. Em termos mais simples, o estudo de como as crenças morais são construídas e alteradas não deve conduzir à eliminação da análise do conteúdo de tais crenças, nem à afirmação automática de que ele carece de objetividade[23]. Além disso, a ideia de que o conhecimento científico seria descritivo e, portanto, possível de ser testado, enquanto a moral seria prescritiva e, portanto, não poderia ser testada, parece simplista. Isso porque, como sabemos, o conhecimento científico comumente extrapola a mera observação, possuindo inúmeras implicações com o passado, o presente e o futuro. Além disso, também o conhecimento científico não é passível de ser verificado de maneira conclusiva. Ao revés, as convicções científicas se encontram em permanente mutação. De igual modo, julgamentos morais não são totalmente independentes de fatos empíricos ou da observação:

> Considere meu julgamento de que a quebra da promessa que João fez a Maria seria repreensível. Tal afirmação pode cair em descrédito com base nos fatos – se eu digo, por exemplo, que nunca existiu nenhum João ou Maria, ou que João nunca fez uma promessa a Maria, ou que Maria atuou com dolo, induzindo João a fazer uma promessa de forma desleal, ou que João não quebrou a promessa[24].

Além disso, bem pensadas as coisas, nem mesmo o mais objetivo pensamento matemático pode ser objetivamente experimentado, já que se trata de um ramo do conhecimento de natureza ideal. Assim sendo, fazendo-se uma crítica ao niilismo ético, podemos afirmar que

---

[22] LYONS, David. *Ethics and the rule on law.* Cambridge: Cambridge University Press, 1987, p. 11.

[23] LYONS, David. *Ethics and the rule on law.* Cambridge: Cambridge University Press, 1987, p. 12.

[24] LYONS, David. *Ethics and the rule on law.* Cambridge: Cambridge University Press, 1987, p. 14.

os julgamentos morais não são necessariamente arbitrários, estando comumente respaldados em afirmações de fato e sentenças passíveis de crítica racional. A consideração moral do direito parte da ideia de que existem julgamentos morais considerados sensatos e insensatos.

O **relativismo social**, por seu turno, concebe a moralidade como algo relativo à cultura, de modo que cada pessoa tende a formar seus julgamentos morais de acordo com os valores frequentemente encontrados em seu grupo social. Assim sendo, nossos valores seriam desenhados a partir de um complexo processo de condicionamento social, decorrente de diversas influências culturais[25]. Por óbvio, os paradigmas morais sociais estão sujeitos à crítica pessoal, sendo cada indivíduo capaz de refletir sobre as atitudes à sua volta e rejeitar alguns julgamentos morais convencionais.

A teoria do relativismo social alcança sua máxima expressão nas ideias de **William Sumner**, para quem "os costumes podem fazer qualquer coisa ser considerada correta"[26]. Imagine-se a situação de uma pessoa que realiza um aborto. De acordo com o citado autor, em linhas gerais, tal conduta será moralmente correta a depender dos costumes do grupo em que se encontra inserida tal pessoa. A simplicidade do pensamento, contudo, ignora o fato de que pertencemos a diversos grupos sociais, muitos deles com opiniões e costumes antagônicos (família, ambiente de trabalho, igreja, amigos etc.). Além disso, os julgamentos morais a respeito de tal fato são realizados não apenas pelas pessoas integrantes do grupo social em que praticada a conduta, mas também em outros grupos. Essa é, a propósito, a grande fraqueza do relativismo social, apontada por David Lyons:

> Os conflitos entre julgamentos morais, no relativismo social, não é, contudo, a única dificuldade enfrentada. A teoria é ambígua em outro importante ponto. A pessoa cuja conduta está sendo julgada pode pertencer a um grupo em relação ao qual a pessoa que está julgando não pertence.
>
> [...]

[25] LYONS, David. *Ethics and the rule on law.* Cambridge: Cambridge University Press, 1987, p. 16.

[26] LYONS, David. *Ethics and the rule on law.* Cambridge: Cambridge University Press, 1987, p. 18.

> Grupos sociais não são simples, coletividades homogêneas de indivíduos que concordam sobre tudo.
>
> [...]
>
> Isso revela que o relativismo social implica a forma mais extrema de convencionalismo moral possível. Ele reforça a posição da maioria moral e automaticamente desconsidera a opinião da minoria moral sobre todos os sujeitos.
>
> [...]
>
> O relativismo social, portanto, não parece uma forma sensata de concepção da moralidade. Ele sequer parece representar ideias convencionais sobre a moralidade!
>
> [...]
>
> A discussão até então revelou que existem diversas formais [27]

O **relativismo individualista** segue um caminho totalmente distinto. Segundo tal corrente, os valores morais são fundamentalmente o produto de escolhas ou decisões individuais. A ideia principal aqui é conceber os julgamentos morais como adequados levando como parâmetro não os valores de determinado grupo, mas sim a satisfação de determinadas condições pelo indivíduo em questão. Essa teoria é comumente adotada entre ateus, certos de que apenas a existência de um Deus poderia fornecer a base objetiva para princípios morais. Diante da descrença no divino, depositam-se nas decisões individuais as bases da moralidade.

As teorias individualistas centradas no agente apontam para o reconhecimento de que cada pessoa é responsável por determinar os parâmetros pelos quais poderá ser adequadamente julgada. Já aquelas centradas nos julgadores partem da ideia de que cada um deve julgar de acordo com os parâmetros morais por si aceitos.

Qualquer que seja a vertente, a grande dificuldade reside em avaliar as razões, ou seja, a validade da justificação dos julgamentos morais. Para alguns, os julgamentos morais derivam de uma espécie de intuição, capaz de aferir o "bom-senso" das suas motivações, algo bastante fluido e absurdo. Na tentativa de desatar este nó, entende David Lyons que tanto o niilismo ético quanto as teorias relativistas

---

[27] LYONS, David. *Ethics and the rule on law.* Cambridge: Cambridge University Press, 1987, p. 21-23.

são passíveis de críticas. Segundo o autor, não devemos compreender os julgamentos morais como algo essencialmente arbitrário ou meramente relativo à cultura ou às decisões individuais. Ao revés, há algumas importantes teorias que seguem caminhos diversos, a exemplo do utilitarismo, amplamente difundido – embora não imune a críticas. Não sou poucos os princípios gerais amplamente debatidos que podem ser adequados ao julgamento moral de determinados casos. Há também referenciais lógicos e racionais, a exemplo da inconsistência interna da justificação dos julgamentos, que podem servir de referencial motivador. Não esqueçamos ainda que alguns julgamentos morais podem ser desqualificados com base em referenciais empíricos relativos aos fatos em questão. Isso porque muitos desacordos morais às vezes não decorrem de divergências principiológicas, mas sim divergências fáticas. Todos esses critérios e princípios decorrem das construções do nosso "conhecimento moral" ao longo dos tempos[28]-[29].

## 3. A INTERPRETAÇÃO DO DIREITO

### 3.1. Introdução

A ciência que se ocupa pelo estudo da atividade de interpretação do direito é chamada **hermenêutica jurídica.** Nesse sentido, dizia Emilio Betti que a hermenêutica é uma ciência do espírito destinada a compreender a atividade humana de interpretar[30]. Não por acaso, o prefixo do aludido ramo do conhecimento deriva do nome do deus grego Hermes, considerado o mensageiro dos deuses.

É importante, todavia, não confundir hermenêutica e interpretação jurídica, apesar da sua proximidade. É que a hermenêutica, como dito, é a ciência que estuda sistematicamente os princípios e

[28] LYONS, David. *Ethics and the rule on law.* Cambridge: Cambridge University Press, 1987, p. 26-35.

[29] "Existem limites morais à obrigação de fidelidade ao direito, assim como há em relação a outras obrigações – limites que dependem da qualidade moral da lei, de sua história social, das circunstâncias presentes e das consequências de sua aplicação" (LYONS, David. *Ethics and the rule on law.* Cambridge: Cambridge University Press, 1987, p. 86).

[30] BETTI, Emilio. *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos.* Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1975, p. 29.

métodos de interpretação. A interpretação, por sua vez, é a aplicação da hermenêutica[31]. A hermenêutica tem uma tarefa extremamente relevante de auxiliar o intérprete do Direito, fornecendo-lhe ferramentas teóricas importantes. Assim, temos:[32]

| Hermenêutica jurídica | Interpretação |
|---|---|
| Ciência que tem como objeto o estudo dos princípios e métodos interpretativos, fornecendo ferramentas teóricas ao intérprete. | Atividade prática de revelar/atribuir o sentido e o alcance das disposições normativas, objetivando sua aplicação a situações concretas[46]. |

A interpretação jurídica é uma atividade bastante complexa, pois envolve, ao mesmo tempo, entes distintos: o emissor da mensagem, o texto da mensagem, o receptor da mensagem e o contexto. Ela envolve duas atividades: a de revelar/atribuir sentido ao enunciado normativo (texto) e a de concretizá-lo. Nessa linha, compreender é sempre aplicar, como explica DIRLEY DA CUNHA JÚNIOR:

> A interpretação, portanto, envolve duas atividades – uma voltada a desvendar/construir o sentido do enunciado normativo e outra destinada a concretizar o enunciado – e, nesse sentido, apresenta-se também como uma técnica de redução natural da distância que existe entre a generalidade dos textos normativos e a singularidade do caso concreto. Assim, interpretar é também concretizar; e concretizar é aplicar o enunciado normativo, abstrato e geral, a situações da vida, particulares e concretas[33].

Na doutrina norte-americana existe uma discussão a respeito das expressões ***construction*** e **interpretação.** Para uma corrente tradicional, a interpretação consiste na arte de descobrir sentido das palavras ou símbolos, enquanto a *construction* possui uma função mais ampla, de esclarecer o significado de toda a Constituição, através de dados indicados pela linguagem, permitindo a mutação constitucional. A *construction*

[31] CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional.* 11 ed. Salvador: Juspodivm, p. 175.

[32] CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional.* 11 ed. Salvador: Juspodivm, p. 176.

[33] CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional.* 11 ed. Salvador: Juspodivm, p. 176.

se utiliza da linguagem para tirar conclusões a respeito do documento inteiro, e não o sentido das palavras isoladas. Por óbvio, essa dicotomia não passou sem críticas, eis que parte da premissa de ser a interpretação a mera análise lógica e gramatical de textos isolados. Justamente por isso, tem prevalecido o entendimento de ser a *construction* um estágio da interpretação, ao lado da concretização e da aplicação.

É também a doutrina norte-americana que traz as chamadas correntes **interpretativistas** e **não interpretativistas** do Direito, que podem ser sistematicamente explicadas da seguinte forma:[34]

| Correntes interpretativistas | Correntes não interpretativistas |
|---|---|
| Não reconhecem o caráter criativo do juiz, no exercício da interpretação. É dizer, o juiz não cria o direito, sendo restrito o que lhe permite o texto. Segundo tal corrente, "o juiz tem por limite a textura semântica e a vontade do legislador, devendo apenas captar e declarar o sentido dos preceitos expressos no texto constitucional, sem se valer de valores substantivos, sob pena de se substituir as decisões políticas pelas decisões judiciais"[48]. | Mais modernas, reconhecem o caráter criativo da atividade de interpretação do direito. Consequentemente, permitem ao juiz a invocação de valores substantivos, a exemplo da liberdade, igualdade e justiça.<br>Tal corrente possui especial destaque no paradigma neoconstitucional, cuja nova hermenêutica confere ao juiz um papel de coparticipante do processo de criação do direito. |

## 3.2. A superação dos métodos de interpretação mediante puro raciocínio lógico-dedutivo

Foi no paradigma do **constitucionalismo clássico (ou liberal)** que se criaram as primeiras constituições escritas, concretizando-se os ideais preconizados pelo jusnaturalismo moderno. Neste momento histórico, vivenciado nos séculos XVIII e XIX, surgiram formalmente os Estados nacionais, sob os ideais revolucionários burgueses. O constitucionalismo liberal se propõe à construção de um Estado de Direito, em oposição às organizações tradicionais. Nesse contexto, em especial na Europa continental, havia uma preocupação muito grande com a liberdade dos juízes na interpretação do direito, aliada à necessidade de positivação dos valores revolucionários. Assim, como forma

[34] CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 11 ed. Salvador: Juspodivm, p. 180.

de assegurar uma rígida separação de poderes, o juiz era limitado a uma **interpretação literal (gramatical)** do texto legal (o juiz "boca da lei"), que possuía uma pretensão de completude. Eis aqui o marco da **exegese** jurídica, merecendo destaque o Código Civil napoleônico.

É possível dizer, portanto, que, no Estado moderno da tradição continental, o juiz se encontra totalmente vinculado à lei. O Código Civil francês de 1804 proíbe que os juízes deixem de julgar determinado caso, sob alegação de lacuna legislativa. Cria-se a ideia de que o código é um instrumento capaz de decidir toda e qualquer questão apresentada aos juízes, numa visão utópica que impõe que estes julguem sempre, o que gera um paradoxo – já que eles mesmos se veem obrigados a aplicar o direito com uma certa discricionariedade. Justamente por isso, o Estado se estrutura (com mecanismos de controle, promoção e disciplina) de forma a que não exista qualquer forma de discricionariedade judicial contrária ao interesse da administração.

Curiosamente, a consolidação dos valores do jusnaturalismo resultou em sua própria morte, como revelam Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos:

> O jusnaturalismo moderno, que começou a formar-se a partir do século XVI, dominou por largo período a filosofia do direito. A crença no direito natural – isto é, na existência de valores e de pretensões humanas legítimas que não decorrem de uma norma emana do Estado – foi um dos trunfos ideológicos da burguesia e o combustível das revoluções liberais. Ao longo do século XIX, com o advento do Estado Liberal, a consolidação dos ideais constitucionais em textos escritos e o êxito do movimento de codificação, o jusnaturalismo chega ao seu apogeu e, paradoxalmente, tem início sua superação histórica. Considerado metafísico e anticientífico, o direito natural é empurrado para a margem da história pela onipotência positivista do século XIX[35].

Com a crise do Estado liberal (marcada por uma dissociação entre a ideologia liberal e a realidade social), tem lugar o **constitucionalismo social**, num período compreendido entre o final do século XIX e o

---

[35] BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *In:* SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação Constitucional.* São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 277.

início do século XX. As relações de trabalho, vistas como relações de dominação política, revelam seu caráter essencialmente constitutivo da sociedade política, passando a ser objeto de reivindicações.

A crise do Estado moderno encontra sua maior expressão com a Primeira Guerra mundial. Ela provoca uma mudança radical: a necessidade de estatização da economia, inclusão da mão de obra feminina e abertura às reivindicações laborais. O desastre e a crueldade da guerra mostraram, com clareza, que as sociedades europeias não eram tão civilizadas como imaginavam. A essa guerra sucede uma constelação de constituições democráticas que rompe radicalmente com o Estado liberal anterior.

Diante dessa nova complexidade, no chamado constitucionalismo Social começam a ser utilizados novos elementos interpretativos desenvolvidos por SAVIGNY no século XIX, para além do gramatical: métodos histórico, lógico e sistemático. Tais elementos são partes de um mesmo método interpretativo, devendo, portanto, ser utilizados conjuntamente. Vale ressaltar que o elemento teleológico não foi desenvolvido por SAVIGNY, tendo aparecido posteriormente.

Como reação a esse novo constitucionalismo, a Europa mergulha em uma fase totalitarista ainda no século XX, vindo a se democratizar ao final da Segunda Guerra.

Em tal momento pós-guerra, surge o chamado **constitucionalismo contemporâneo (ou neoconstitucionalismo)**, marcado pela efetiva **superação dos métodos de interpretação mediante puro raciocínio lógico-dedutivo.** Muito embora essa superação já viesse sendo construída desde antes, é no neoconstitucionalismo que se consolida mundialmente a ideia de ser a Constituição uma norma jurídica impositiva e repleta de direitos fundamentais das mais variadas dimensões. Não apenas o Direito Constitucional sofre mudanças, mas também a teoria da norma jurídica se transforma em tal período, marcada pelas contribuições de autores como RONALD DWORKIN e ROBERT ALEXY. Com o reconhecimento do caráter normativo dos princípios (e o caráter de princípios dos direitos fundamentais), a aplicação do direito se torna bastante complexa, atraindo critérios como a proporcionalidade e a lógica do razoável.

A decadência da interpretação mediante puro raciocínio lógico-dedutivo é consequência direta da decadência do positivismo, que, por sua vez, é associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha. Ambos os movimentos ditatoriais se desenvolveram nos moldes da legalidade vigente em seus países, promovendo a "barbárie em nome da lei"[36]. Não por acaso, ao final da Segunda Guerra, no Tribunal de Nuremberg, os principais acusados nazistas invocaram, em sua defesa, o estrito cumprimento do dever legal. Assim sendo, "ao fim da II Guerra Mundial, a ideia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como uma estrutura meramente formal, uma embalagem para qualquer produto, já não tinha mais aceitação no pensamento esclarecido"[37].

Ultrapassada a Segunda Guerra Mundial, com a superação do positivismo do século XIX, um novo paradigma se impõe: o pós-positivismo, também denominado neoconstitucionalismo, nascido como um ideário difuso, mas reunindo três grandes marcas consolidadoras: **a)** uma mudança profunda na teoria das normas – de modo a conceber os princípios também como normas jurídicas, ao lado das regras, reconhecendo-se a força normativa da constituição; **b)** o desenvolvimento da nova hermenêutica constitucional pela lógica do razoável; **c)** o incremento no estudo e na positivação dos direitos fundamentais.

E por que razão haveria de existir uma nova hermenêutica jurídica? Até este momento, a interpretação jurídica estava ligada ao método clássico da subsunção – raciocínio lógico-dedutivo – aliado à tradição europeia da primeira metade do século, que concebia as constituições como meros programas de ação, cartas de intenções sem efetividade. A grande virada da nova hermenêutica decorre da constatação de que as normas jurídicas não carregam sempre um sentido único e objetivo, capaz de ser extraído por um mero exercício de raciocínio dedutivo. Logicamente, ela vem acompanhada do reconhecimento da força normativa da Constituição e do caráter

[36] BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *In:* SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação Constitucional.* São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 278.

[37] BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *In:* SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação Constitucional.* São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 278.

normativo dos princípios, o que deflagra uma verdadeira revolução na hermenêutica.

De fato, "as cláusulas constitucionais, por seu conteúdo aberto, principiológico e extremamente dependente da realidade subjacente, não se prestam ao sentido unívoco e objetivo que uma certa tradição exegética lhes pretende dar"[38]. Isso não significa o abandono completo do conhecimento tradicional e do método da subsunção, que continua válido, apenas não sendo a única via interpretativa. Não se pode negar a existência de regras constitucionais de fácil compreensão, cuja aplicação ocorre primordialmente pelo método da subsunção, a exemplo das regras previdenciárias. O mesmo não pode ser dito em relação a questões mais complexas, a envolver, por exemplo, o princípio da igualdade, a liberdade de expressão, a função social da propriedade etc.

Nesse novo contexto, muito mais do que um mero aplicador de leis, ao juiz é reconhecido um relevante papel de concretização dos direitos fundamentais, desempenhando uma atividade notadamente criativa (embora limitada).

## 3.3. O método de interpretação pela lógica do razoável

A expressão "lógica do razoável" é comumente atribuída a Luís Recaséns Siches (1903-1977). Filósofo nascido na Cidade da Guatemala, foi catedrático das universidades de Santiago, Salamanca, Valladolid e Madrid. Seu pensamento possui íntima conexão com a nova hermenêutica jurídica desenvolvida na segunda metade do século XX, como decorrência do neoconstitucionalismo.

Para Siches, o emprego da lógica meramente formal seria insuficiente para a aplicação do Direito, que deve levar em consideração as circunstâncias sociais e históricas de cada momento – e não apenas a vontade "da lei" ou "do legislador" –, incorporando a razoabilidade como principal elemento. Mais do que satisfazer premissas lógicas para se chegar a um resultado formalmente válido, o autor se preocupa com a realização do valor "justiça" na interpretação jurídica.

---

[38] BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *In:* SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação Constitucional.* São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 275.

O filósofo destaca o papel da equidade como elemento da lógica do razoável, por permitir, na aplicação do Direito, a apreciação de circunstâncias não pensadas originariamente pelo legislador. Ele reconhece o papel da **tópica jurídica** como método interpretativo legítimo, em que o aplicador do Direito primeiramente busca a solução mais justa para o caso para, posteriormente, justificá-la nas fontes jurídicas formais. Esse movimento, para Siches, deve ser admitido, mas não há de buscar a fundamentação exclusivamente na lógica formal – e sim no que pode ser considerado razoável, de acordo com as circunstâncias fáticas do caso concreto.

Para Siches, a lógica do razoável possui sete marcas fundamentais: a) ser limitada pela realidade concreta do mundo em que opera (aspecto histórico); b) ser impregnada de valores (aspecto valorativo); c) seus valores são concretos, vinculados a uma determinada situação humana (aspecto concreto); d) busca objetivos e finalidades no agir humano (aspecto teleológico); e) as finalidades e os objetivos condicionam-se à realidade humana (aspecto cultural); f) rege-se por razões de congruência e adequação (aspecto proporcional); g) vincula-se aos ensinamentos extraídos da experiência humana e histórica (aspecto fático)[39].

Com o neoconstitucionalismo, novos métodos para a interpretação das constituições e das leis ganharam espaço. Tais métodos foram desenvolvidos em especial na Alemanha, em razão de alguns fatores:

**a)** Sobretudo na parte dos direitos fundamentais, a Constituição se expressa não apenas através de regras, mas de princípios. A interpretação de um princípio é muito mais complexa que a de uma regra, por envolver limitações fáticas e jurídicas contingentes;

**b)** As normas constitucionais se diferenciam de acordo a sua eficácia. A eficácia dessas normas, assim como o objeto, varia bastante.

[39] FARIAS, Márcia Ferreira Cunha. A norma no pragmatismo jurídico e a lógica do razoável. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/846/R158-03.pdf?sequence=4&isAllowed=y. Acesso em 2.2.2020.

Com a superação do método puro da subsunção, a finalidade dos métodos da nova hermenêutica é a de tornar mais objetiva e racional a interpretação constitucional, evitando-se o decisionismo judicial. O problema maior surge nas situações em que há confronto entre princípios (notadamente direitos fundamentais, que ostentam caráter principiológico).

Diferentemente do que ocorre com as regras, em que o conflito é resolvido mediante a invalidação de uma delas, os princípios em conflito coexistem, com a prevalência episódica de um ou outro num caso concreto. Se os princípios tiverem a mesma hierarquia, certamente os critérios clássicos de hermenêutica serão insuficientes. Atualmente, para resolver episodicamente os conflitos entre princípios, prevalece, à luz do direito constitucional alemão, a estrutura da **ponderação**, que integra o princípio da **proporcionalidade.** Tal princípio ora se apresenta como princípio interpretativo (**razoabilidade**, como vedação do absurdo), ora como técnica de solução de conflitos (**ponderação de interesses**). Nesse último sentido, a ponderação pode ser assim sintetizada:

> A ponderação consiste, portanto, em uma técnica de decisão jurídica aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficientes especialmente quando uma situação concreta dá ensejo à aplicação de normas de mesma hierarquia que indicam soluções diferenciadas. A estrutura interna do raciocínio ponderativo ainda não é bem conhecida, embora esteja sempre associada às noções difusas de balanceamento e sopesamento de interesses[40].

## 3.4. Interpretação constitucional, pré-compreensão e capacidades institucionais do intérprete

Um dos destaques da nova hermenêutica – com ampla influência de autores da fenomenologia, a exemplo de Martin Heidegger –, consiste no reconhecimento do papel central da chamada **pré-compreensão** dos intérpretes. Cuida-se também de uma decorrência

[40] BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *In:* SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação Constitucional.* São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 287.

direta do chamado "**giro linguístico**" ("*linguistic turn*") do século XX, tendo como referência autores da **filosofia da linguagem**, a exemplo de LUDWIG WITTGENSTEIN.

A ideia da pré-compreensão revela algo bastante claro: "nenhum ser humano habita um vazio axiológico-cultural. Todos nós somos seres enraizados, que compartilhamos ideias, valores e preconceitos com nossos semelhantes, e não nos despimos deles na hora de interpretar e aplicar o Direito"[41].

Assim sendo, o intérprete, diante de um texto normativo (enunciado), tem um ponto de partida bastante claro, consistente nos pré-julgamentos que já possui a respeito da questão posta, a partir da sua experiência enquanto ser histórico. O ingresso no chamado "círculo hermenêutico", no exercício da interpretação jurídica, decorre daí: da pré-compreensão do intérprete. Como consequência direta, a nova hermenêutica rompe drasticamente com a ideia de cisão absoluta entre sujeito e objeto, agora concebida como uma verdadeira ficção. É o que anuncia DANIEL SARMENTO:

> De acordo com a nova hermenêutica, a interpretação jurídica não pode ser compreendida a partir da visão esquemática cartesiana, que parte da separação absoluta entre sujeito e objeto, uma vez que, no ato de interpretar, o olhar do sujeito que interpreta participa necessariamente da própria construção do objeto interpretado. Não somos máquinas de interpretar, nem seres dotados de razão abstrata[42].

A partir de tais premissas, ingressamos nas chamadas **capacidades institucionais**. Como sabemos, os intérpretes do direito, com todas as suas pré-compreensões, não raramente integram instituições, a exemplo do Poder Judiciário, Poder Legislativo, Poder Executivo e Ministério Público. Tais poderes também possuem qualidades e fragilidades próprias, além de atuarem de acordo com procedimen-

---

[41] SARMENTO, Daniel. *Por um constitucionalismo inclusivo:* História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 220.

[42] SARMENTO, Daniel. *Por um constitucionalismo inclusivo:* História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 220.

tos determinados. E daí que decorrem as preocupações de **Daniel Sarmento**, para quem uma boa teoria da interpretação não é aquela que parte de uma idealização do intérprete, mas sim aquela que se baseia em uma visão realista sobre suas capacidades institucionais:

> Por exemplo, uma teoria hermenêutica construída a partir de uma imagem romantizada do juiz pode produzir resultados desastrosos quando manejada por magistrados de carne e osso que não correspondam àquela idealização, em razão do risco elevado de que errem na sua aplicação. Pode ser preferível adotar uma teoria alternativa, que talvez não permita ao juiz excepcional mostrar todo o seu talento e sabedoria para chegar a um resultado ótimo, mas que minimize as chances de erros graves pelos juízes medíocres. No cômputo geral, pode-se ganhar com isso. E o mesmo vale para os legisladores, dirigentes de agências reguladoras, e todos os demais intérpretes da Constituição [...][43].

O tema da idealização do intérprete tem recebido especial atenção nos últimos anos, diante das preocupações a respeito do ativismo judicial e do controle de políticas públicas, em razão do déficit de *expertise* do Poder Judiciário para tratar de tais temas, ainda que imbuído das melhores das intenções. Um alerta, todavia, merece ser feito: assim como não se pode idealizar a capacidade dos juízes, também não parece adequada a idealização de qualquer outro Poder, a exemplo do Legislativo. A ênfase à "dignidade da legislação" e à "retirada da Constituição dos tribunais", preconizadas por autores como **Jeremy Waldron** e **Mark Tushnet**, também conduz a uma excessiva desconfiança em relação à legitimidade democrática do Poder Judiciário, deixando nas mãos do Legislativo uma forma idealizada da soberania popular. Não podemos esquecer que "as conhecidas mazelas do nosso Poder Legislativo tornam absolutamente injustificável qualquer confiança excessiva no processo político como meio de garantia da Constituição"[44].

---

[43] SARMENTO, Daniel. *Por um constitucionalismo inclusivo:* História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 225.

[44] SARMENTO, Daniel. *Por um constitucionalismo inclusivo:* História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 229.

## 3.5. Principais métodos da hermenêutica jurídica constitucional: resumo geral

Não raramente, o tema da hermenêutica jurídica é melhor investigado, em provas de concursos públicos, em tópico próprio do programa de direito constitucional. Assim sendo, com a finalidade de sistematizar os principais métodos hermenêuticos em um recurso visual de fácil compreensão, nos limitamos a elaborar a tabela abaixo, que pode se tornar bastante útil, por ser de fácil memorização:

| Método/autor | Síntese | Crítica |
|---|---|---|
| **Sistemáticos** | | |
| **HERMENÊUTICO-CLÁSSICO ou JURÍDICO**<br><br>**Autor: Ernest Forsthoff** | Defende que a atividade interpretativa deve ser realizada por meio dos **elementos interpretativos clássicos, preconizados por Savigny:** critérios lógico, gramatical, histórico e sistemático. | Savigny não tinha olhos para o direito público, mas sim ao direito privado. Assim, tais elementos são **insuficientes**, diante da complexidade da interpretação constitucional e da realidade contemporânea. |
| **CIENTÍFICO-ESPIRITURAL**<br><br>**Autor: Rudolf Smend** | Defende que a interpretação da norma constitucional **não se fixa na literalidade da norma**, devendo partir da **realidade social e considerar os valores subjacentes ao enunciado a ser interpretado (texto).** O Direito, o Estado e a Constituição são fenômenos culturais, referenciados em valores. O fim maior da interpretação jurídica deve ser a **integração** de tais valores. | Para alguns autores, tal método pode conduzir a um resultado indeterminado, gerando **insegurança jurídica**, o que **enfraquece a força normativa** da Constituição. |

| **Aporéticos/ Concretistas** | | |
|---|---|---|
| **TÓPICO-PROBLEMÁTICO** **Autor: Theodor Viehweg** | Cuida-se de um método **argumentativo** e **voltado ao problema** (parte do problema para a norma), a fim de se chegar ao melhor resultado possível. Parte do pressuposto de que não existe uma resposta correta: prevalece aquela que conseguir **convencer** o maior número de interlocutores, em um ambiente de consenso. | **a)** Casuísmo ilimitado; **b)** A interpretação **deve partir da norma para a solução do problema**, e não o contrário, sob pena de manipulação do direito; **c)** Pouca importância atribuída à jurisprudência. |
| **HERMENÊUTICO-CONCRETIZADOR** **Autor: Konrad Hesse** | Tal método desenvolve catálogo de princípios interpretativos (postulados normativos), propondo que a interpretação jurídica **parta da Constituição para o problema (e não o contrário)**. Defende ainda que **interpretação e aplicação** são atividades inseparáveis, constituindo um processo unitário. Seus pressupostos são: **a) existência de um problema concreto** a ser resolvido; **b)** existência de **norma; c) pré-compreensão** do intérprete e círculo **fechado** de intérpretes, sendo a interpretação jurídica algo próprio dos juristas. | Assim como os demais métodos concretistas, tal método leva em consideração circunstâncias do problema concreto na atividade interpretativa. Consequentemente, para a crítica doutrinária, resta comprometida a força normativa da Constituição, bem como a unidade do direito. |
| **NORMATIVO-ESTRUTURANTE** **Autor: Friedrich Muller** | Para tal método, a **interpretação** seria apenas uma das **etapas** da **concretização** da norma jurídica. Partindo do referencial teórico da fenomenologia (Hans-Georg Gadamer), o método define uma estrutura para a concretização da norma constitucional, que leva em consideração elementos metodológicos, dogmáticos, teóricos e de política constitucional. Além disso, diferencia o texto (elemento simbólico) da | Idem |

| | | |
|---|---|---|
| **NORMATIVO-ESTRUTURANTE** **Autor: FRIEDRICH MULLER** | norma jurídica (resultado da interpretação jurídica), sendo a soma dos dois (norma + texto) denominada programa normativo. O **programa normativo** não se confunde com o **domínio normativo**, que corresponde à realidade normatizada, embora ambos devam ser levados em conta na atividade interpretativa. | |
| **MÉTODO CONCRETISTA DA CONSTITUIÇÃO ABERTA** **Autor: PETER HÄBERLE** | Para tal método, a interpretação não pode ser fechada a um círculo de intérpretes (oposição ao método hemenêutico-concretizador). **Toda pessoa** que vive numa realidade constitucional é um **legítimo intérprete da Constituição**. Consequentemente, temos a valorização, nos tribunais, de elementos como a participação do *amicus curiae* e a realização de audiências públicas. | O alargamento excessivo do círculo de intérpretes pode conduzir a uma **quebra da unidade** e ao **enfraquecimento** da força normativa. |

## 4. A FILOSOFIA DO DIREITO NA HISTÓRIA: BREVES APONTAMENTOS

### 4.1. Filosofia do Direito na Antiguidade

Em relação à filosofia jurídica na Antiguidade, remetemos o leitor ao ponto "**1.1 Sentido lato de Justiça, como valor universal**" do presente capítulo.

### 4.2. Filosofia do Direito na Idade Média

#### 4.2.1. O pensamento de Santo Agostinho

No período medieval, o direito passou a sofrer influxos de uma nova doutrina que, embora fundamentalmente antifilosófica, vai

competir diretamente com a filosofia grega: o cristianismo[45]. De fato, existem, no conteúdo do cristianismo, em especial no plano moral, ideais que, separadas de suas fontes exclusivamente religiosas, adquirirão um nível de autonomia tamanho a ponto de serem retomadas pela filosofia moderna, mesmo entre os ateus[46].

É bem verdade que a chegada do cristianismo não buscou tecer considerações a respeito da justiça e do Direito, muito menos da organização da sociedade. Justamente por isso, seus primeiros adeptos possuíam a missão maior de divulgar a fé cristã, que enfrentaria duras resistências do pensamento judeu – ao não admitir a figura de um Deus "excessivamente fraco" – e do pensamento grego – que consideraria uma loucura as noções de alteridade cristãs[47].

A "vitória do cristianismo sobre a filosofia grega"[48] fomentou as noções de alteridade e de igual dignidade entre todos os seres humanos, o que representou o embrião da noção moderna de fraternidade. Consequentemente, a filosofia grega foi rebaixada a um caráter de disciplina a ser estudada pelos grandes estudiosos, e não mais uma teoria voltada à explicação da vida em todos os seus aspectos. É dessa redução da filosofia a uma disciplina escolar que deriva a chamada "escolástica".

Coube justamente a Santo Agostinho (354-430) a tarefa de construir uma ponte de transição entre a filosofia grega e o pensamento medieval. Em sua obra "De Civitate Dei", Agostinho tece alguns comentários a respeito do Direito e do Estado. Para ele, o Estado e Direito possuem a missão de prover a paz, devendo ser submetidos à Igreja, a quem competia divulgar a lei eterna, de caráter divino. O princípio de todas as coisas, segundo Agostinho, residiria em Deus, estando submetido a Ele absolutamente todas as coisas mundanas, inclusive o direito positivo.

---

45 FERRY, Luc. *Aprender a viver:* filosofia para os novos tempos. Kindle edition. Rio de Janeiro: Objetiva, 2006, posição 886.

46 FERRY, Luc. *Aprender a viver:* filosofia para os novos tempos. Kindle edition. Rio de Janeiro: Objetiva, 2006, posição 905.

47 NADER, Paulo. *Filosofia do direito*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 162.

48 FERRY, Luc. *Aprender a viver:* filosofia para os novos tempos. Kindle edition. Rio de Janeiro: Objetiva, 2006, posição 905.

As fontes de estudo de Agostinho remontam aos estoicos e a São Paulo. Não se adotou, porém, a concepção cosmológica estoica da ordem do universo como fonte da justiça. Para ele, por detrás da ordem natural (do "cosmos"), existe uma determinação divina. Fazendo-se uma breve síntese do pensamento do autor, "a lei eterna seria universal e imutável, além de inacessível diretamente ao conhecimento humano, exceto por intermédio da lei natural, que seria o seu reflexo"[49]. Partindo-se de tais premissas, seria possível conceber uma **"lei natural"** – lei eterna, de caráter divino – e uma **"lei humana/terrena"** – consistente na lei eterna adaptada pelo legislador à realidade concreta, dando-se a cada um o lugar que lhe corresponde.

### 4.2.2. O pensamento de São Tomás de Aquino

Em seu Tratado da Lei, **São Tomás de Aquino (1225-1274)**, expoente maior do **jusnaturalismo medieval**, defende que o Direito pode e deve ser considerado a partir de um ponto de vista moral. Coube à escolástica de Aquino – o "Doutor Angélico" – conciliar a filosofia aristotélica com os dogmas religiosos, escrevendo sobre diversos temas teológicos e filosóficos.

Para ele, o Direito consistiria em uma ordem racional para o bem comum, promulgado por aqueles que devem cuidar da comunidade. Tal visão, todavia, não o torna cego, pelo contrário. Para Aquino, como as leis são criadas por humanos, elas podem ser justas ou injustas, dependendo a sua coercibilidade da concordância com as leis da razão, da natureza. Caso se afaste das leis da natureza, as leis humanas se transformam em uma perversão do ideal do direito. Reforça o autor: as leis humanas são justas quando servem ao bem comum, distribuem encargos de forma justa, não revelam desrespeito a Deus e não excedem a autoridade do seu criador. Assim sendo, as pessoas somente seriam moralmente obrigadas a cumprir as leis justas, não as injustas[50].

---

[49] NADER, Paulo. *Filosofia do direito*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 164.

[50] LYONS, David. *Ethics and the rule on law*. Cambridge: Cambridge University Press, 1987, p. 8.

Aquino identifica quatro espécies de lei: a eterna, a natural, a divina e a humana. Vejamos[51]:

a) **Lei eterna** – Consiste na razão divina universal e imutável, capaz de governar todo o universo, conduzida por Deus;

b) **Lei natural** – Consiste na "participação da criatura racional na lei eterna", ou seja, um reflexo parcial da razão divina, permitindo aos homens o conhecimento da lei eterna. O seu princípio básico consiste em evitar o mal e observar o bem. Em tal campo, encontram-se elementos naturais dos humanos: a conservação da vida, participação na vida social, conservação da prole etc.

c) **Lei divina** – Consiste na reunião dos preceitos divinos derivados diretamente de Deus e de seus orientados, consolidados nas Escrituras Sagradas.

d) **Lei humana** – Cuida-se do ordenamento racional promulgado pela pessoa do chefe da comunidade, cabendo-lhe, nas lições de Ulpiano, dar a cada um o que é seu.

## 4.3. Filosofia do Direito na Idade Moderna

### 4.3.1. O pensamento de Thomas Hobbes

Se fosse necessário eleger os principais pensadores ingleses do século XVII, certamente dois seriam destacados: **Thomas Hobbes** e **John Locke**. Nascido no condado de Wiltshire em 1588, quase cinco décadas antes de **Locke, Hobbes** viveu numa época de forte instabilidade política, marcado pela guerra anglo-espanhola (1585-1604) e pelas guerras civis inglesas (1642-1651). Não por acaso, costumava afirmar que "o medo e eu somos irmãos gêmeos", já que "seu nascimento havia sido precipitado pelo pânico que sentiu sua mãe ao conhecer a notícia de que se avizinhavam às costa inglesa os barcos espanhóis da Armada Invencível"[52].

---

[51] NADER, Paulo. *Filosofia do direito*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 166-167.

[52] CONTRERAS, Francisco José. *La filosofía del derecho en la historia*. 2. ed. Madrid: Tecnos, 2016, p. 169.

É daí que surge, certamente, sua obsessão por paz e segurança. Após estudar na prestigiada Oxford e exercer a função de preceptor em famílias aristocráticas, o autor se exilou, no ano de 1640, em Paris, receoso da hostilidade social que resultaria na primeira guerra civil inglesa (1642-1645), que resultou na decapitação do rei Carlos I e na ascensão do *Lord Protector* Oliver Cromwell. Regressou apenas em 1652, em um período de anistia, vindo a escrever sua obra-prima (*Leviathan*) nos anos seguintes.

Com efeito, **Hobbes** parte da ideia de que o "estado de natureza humano", é extremamente hostil, marcado por uma "guerra de todos contra todos" ("War of every man agains every man", do latim ***bellum omnium contra omnes***). Em suas palavras, "durante o tempo em que os homens vivem sem um poder comum que os mantenha em temor, eles estão na condição que se denomina guerra; e uma guerra tal como se de todos os homens contra todos os homens"[53]

O estado (com inicial minúscula) de natureza consistiria numa situação hipotética, marcada por uma ambiente em que se encontraria humanidade antes da constituição do Estado (com inicial maiúscula), por meio de um contrato social voluntário. **A partir de uma realidade claramente pessimista, Hobbes prescreve um pacto social entre homens iguais, tendo como objeto a submissão a um soberano, numa configuração de monarquia absoluta**[54].

É fácil notar um distanciamento entre suas ideias e aquelas preconizadas por **Aristóteles**, que afirma uma sociabilidade natural das pessoas, como animais políticos (***zoôn politikón***) que se agregam espontaneamente, por um impulso de perpetuação da espécie[55].

A inseguridade e a violência temidas por **Hobbes** tornam a vida humana "solitária, pobre, tosca, embrutecida e breve", sujeita ao

53 HOBBES, Thomas. *Leviathan.* A public domain book. Trad. livre. Kindle Edition: 1651, p. 75.

54 HOBBES, Thomas. *Leviathan.* A public domain book. Trad. livre. Kindle Edition: 1651, p. 111.

55 ARISTÓTELES. Política. Tradução de Maria da Gama Kury. 3. ed. Brasília: Editora UnB, 1997, p. 15.

constante temor e perigo de morte violenta[56]. Consequentemente, não há espaço para o cultivo da terra, a navegação, as artes etc. Tal constatação revela a preocupação que recai sobre "uma instituição muito importante, que poderíamos qualificar de liberal: a relevância da previsibilidade e da segurança jurídica como condição favorecedora do desenvolvimento das sociedades"[57].

Tal construção teórica, curiosamente, é desenvolvida a partir de uma perspectiva positivista. Não existem, para **Hobbes**, direitos naturais – o que certamente o afasta da tradição aristotélico-tomista –, mas sim um estado de natureza desprovido de normas ou concepções de justiça. É dizer, não é um reconhecimento prévio da "propriedade, nem domínio, nem distinção do meu ou do seu; mas apenas aquilo que pertence a cada homem, aquilo que ele pode tomar, enquanto conseguir conservá-lo"[58].

A única forma de erigir tal poder comum, capaz de exercer a defesa de todos, é esboçada mediante a constituição de uma *common-wealth*, mediante um acordo em que os indivíduos renunciam sua liberdade a uma autoridade soberana. Em razão de seus traços autoritários – imune de limitações legais –, é atribuído a este soberano o nome de Leviatã, figura mitológica referida no Antigo Testamento.

Tal autoridade soberana "possui tanto poder e força à sua disposição que, pelo terror que produz, é capaz de conformar as vontades de todos: em casa, para a paz; e no estrangeira, para a mútua ajuda contra os inimigos"[59].

**Hobbes** é anterior a **Rousseau** e, portanto, primeiro grande referencial do contratualismo. Foi o pioneiro em temas como a representação política e a origem do Estado, ainda que sua visão não

---

[56] HOBBES, Thomas. *Leviathan.* A public domain book. Trad. livre. Kindle Edition: 1651, p. 75.

[57] CONTRERAS, Francisco José. *La filosofía del derecho en la historia.* 2. ed. Madrid: Tecnos, 2016, p. 171.

[58] HOBBES, Thomas. *Leviathan.* A public domain book. Trad. livre. Kindle Edition: 1651, p. 76.

[59] HOBBES, Thomas. *Leviathan.* A public domain book. Trad. livre. Kindle Edition: 1651, p. 100.

pareça (e efetivamente não seja) nada democrática. A ***submissão*** a que alude **Hobbes** implica numa transferência total de poder à autoridade governante, configurando-se uma sociedade não politizada. É dizer, ele imagina uma sociedade civil totalmente diferenciada dos monarcas, reservando-se a ela apenas o direito de não se submeter a um dirigente que não a satisfaça, deixando de promover a segurança civil (desobediência civil[60]). Sob o aspecto político, cuida-se de uma concepção extremamente ***liberal***, preocupada tão-somente com a convivência pacífica ("Peace at home"[61]), posicionando o ***cidadão*** como um verdadeiro ***súdito***[62].

Credita-se a **Hobbes** nada menos que uma nova concepção – que, posteriormente, se tornará constitucional – do Estado e do indivíduo. Coube-lhe desenhar, de forma pioneira e peculiar, o indivíduo (ou melhor, o ***homem***) como um ator jurídico, como sujeito de direitos e responsável pela construção do Estado como um "artefato"[63]. É o que se extrai do capítulo XVI do seu *Leviathan*[64].

Desde a antiguidade, já se concebia a ideia de ***pessoa*** (***persona***) como a faculdade social ou a legitimidade processual para atuar no mundo do direito em nome de interesses próprios, alheios (mediante mandato) ou até mesmo alguns interesses coletivos – como no caso da ***actio popularis*** romana. A ideia de ***pessoa***, contudo, não traduzia algo que alguém poderia ***ser*** (***essere persona***), mas sim algo que se possuía (***habere persona***), como decorrência de uma posição social adquirida[65]. Em outras palavras, a ***persona*** consistia em uma (ou mais de uma) qualidade que o direito outorgava a determinados sujeitos,

---

[60] Há, portanto, apenas uma limitação funcional – "o soberano deve ao menos cumprir o fim para o qual existe: a manutenção da segurança" (CONTRERAS, Francisco José. *La filosofía del derecho en la historia*. 2. ed. Madrid: Tecnos, 2016, p. 174-175).

[61] HOBBES, Thomas. *Leviathan*. A public domain book. Trad. livre. Kindle Edition: 1651, p. 100.

[62] HOBBES, Thomas. *Leviathan*. A public domain book. Trad. livre. Kindle Edition: 1651, p. 100.

[63] CLAVERO, Bartolomé. *Happy constitution*. Madrid: Editorial Trotta, 1997, p. 12.

[64] HOBBES, Thomas. *Leviathan*. A public domain book. Kindle Edition: 1651, p. 93.

[65] MOMMSEN, Theodor; KRUEGER, Paul (eds.). *Corpus iuris civilis*. Disponível em: https://archive.org/details/corpusiuriscivi01mommgoog. Acesso em: 04 de abril de 2017.

que poderiam até mesmo sustentar uma série de *personas*. Não havia, pois, *indivíduos*, mas apenas *personas*[66].

A ideia de *indivíduo* como componente humano somente se desenvolveria depois, a partir das mãos de HOBBES, quem atribui ao *homem*, como unidade indivisível, a qualidade de sujeito de direito[67]. Foi ele o primeiro teórico a elaborar um pensamento articulado sobre um princípio que hoje é considerado uma obviedade: toda pessoa é um indivíduo e, por isso mesmo, sujeito de direitos, em especial a liberdade[68].

Por óbvio, tal construção se faz de forma extremamente limitada – fora de qualquer pretensão constitucional –, a ponto de considerar o indivíduo como *sujeito* de direitos apenas em um âmbito cível, seguindo como *objeto* de direito no âmbito político, sob a qualidade de *súdito*[69]. Ademais, em tal momento histórico, a identidade entre pessoa e indivíduo não existia nem no mundo dos fatos, nem no do direito[70]. Nem quis HOBBES superar tal realidade. De igual modo, mesmo no século seguinte, a essência da construção teórica do *status* social como algo limitado a algumas pessoas permaneceria, pelas mãos de autores como WILLIAM BLACKSTONE, em seu *Commentaries on the*

---

[66] A origem da palavra é explicada por Hobbes: "The word Person is latine: instead whereof the Greeks have Pro- sopon, which signifies the Face, as Persona in latine signifies the Disguise, or Outward Appearance of a man, counterfeited on the Stage; and somtimes more particularly that part of it, which disguiseth the face, as a Mask or Visard: And from the Stage, hath been translated to any Representer of speech and action, as well in Tribunalls, as Theaters. So that a Person, is the same that an Actor is, both on the Stage and in common Conversation; and to Personate, is to Act, or Represent himselfe, or an other; and he that acteth another, is said to beare his Person, or act in his name (in which sence Cicero useth it where he saies, "Unus Sustineo Tres Personas; Mei, Adversarii, et Judicis, I beare three Persons; my own, my Adversaries, and the Judges")" (HOBBES, Thomas. *Leviathan.* A public domain book. Trad. livre. Kindle Edition: 1651, p. 94-95).

[67] CLAVERO, Bartolomé. *Happy constitution.* Madrid: Editorial Trotta, 1997, p. 13.

[68] CLAVERO, Bartolomé. La máscara de Boecio: antropologías del sujeto entre persona e individuo, teología y derecho. *Quaderni Fiorentini:* per la storia del pensiero giuridico moderno, v. 39, 2010, p. 16. Disponível em: http://www.centropgm.unifi.it/cache/quaderni/39/0009.pdf. Acesso em: 25 abr. 2017.

[69] CLAVERO, Bartolomé. *Happy constitution.* Madrid: Editorial Trotta, 1997, p. 19.

[70] CLAVERO, Bartolomé. La máscara de Boecio: antropologías del sujeto entre persona e individuo, teología y derecho. *Quaderni Fiorentini:* per la storia del pensiero giuridico moderno, v. 39, 2010, p. 29. Disponível em: http://www.centropgm.unifi.it/cache/quaderni/39/0009.pdf. Acesso em: 25 abr. 2017.

*Laws of England*, tomando por base as *Institutiones* bizantinas[71]. Se a porta de entrada para a *aquisição* de uma *persona* era limitada na antiguidade, também a concepção *constitucional* do indivíduo como sujeito apresentará *requisitos* – ou limitações – bastante peculiares nas primeiras constituições, com evidente caráter excludente.

### 4.3.2. O pensamento de John Locke

Quando a Constituição brasileira de 1824 disciplinou os direitos civis e políticos, o fez de uma maneira muito diversa da que hoje faz a Constituição de 1988. Dispunha o art. 179, vigente à época, que a inviolabilidade de tais direitos "tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade".

A visão de um conjunto de direitos fundamentais disciplinados e garantidos a com fundamento na proteção da propriedade – e, portanto, dos proprietários – possui uma clara influência dos escritos de **John Locke (1632-1704)**, em especial o seu *Segundo tratado sobre governo civil*.

Em um caminho bem diverso daquele percorrido por Hobbes, John Locke imagina **o estado de natureza (*state of nature*) não como algo hostil, mas sim um ambiente marcado pela ação de leis naturais, às quais se sujeitam os seres humanos, em relativa harmonia**. Para ele, tal condição natural dos homens pode ser concebida como "um estado em que eles sejam absolutamente livres para decidir suas ações, dispor de seus bens e de suas pessoas como bem entenderem, dentro dos limites do direito natural, sem pedir a autorização de nenhum outro homem nem depender de sua vontade"[72].

Ora, diante de tal harmonia, por que razão seria necessária a formação do Estado a partir de um contrato social? É que pergunta Locke: "[...] por que renunciaria a sua liberdade, a este império, para

---

[71] CLAVERO, Bartolomé. La máscara de Boecio: antropologías del sujeto entre persona e individuo, teología y derecho. *Quaderni Fiorentini:* per la storia del pensiero giuridico moderno, v. 39, 2010, p. 26. Disponível em: http://www.centropgm.unifi.it/cache/quaderni/39/0009.pdf. Acesso em: 25 abr. 2017.

[72] LOCKE, John. *Second treatise of government.* Trad. livre. C.B. McPherson, Hackett Publishing Company, Indianapolis and Cambridge: 1980, p. 03.

sujeitar-se à dominação e ao controle de qualquer outro poder?"[73]. Pois a função do Estado seria a de *confirmar* esse estado de natureza, em que o gozo de direitos ainda é marcado pela precariedade, carente de uma lei estabelecida, fixa, aceita e reconhecida pelo consentimento geral ("the enjoyment of the property he has in this state is very unsafe, very unsecure"[74]). Dito de forma mais simples, o estado de natureza, embora positivo, é imperfeito e pode enfrentar problemas na aplicação da lei natural de forma descentralizada, difusa[75].

A partir de uma posição jusnaturalista, o autor revela aqui um ideal de Estado liberal, com poucas tarefas a cumprir – pouco a transformar, partindo de uma realidade já harmônica, focando-se a defesa da propriedade. Para ela (a propriedade), **Locke** dedicou um capítulo específico de seu *Second Treatise*, afirmando que "Deus, que deu a terra em comum aos homens, lhes deu também a razão para que se sirvam dela da maneira mais vantajosa para a vida mais conveniente para todos"[76].

A propriedade privada seria, assim, o mais fundamental dos direitos naturais, residindo nela a origem da autonomia das pessoas: "cada homem tem a propriedade de sua própria pessoa"[77].

**Locke** é considerado por muitos como o "ideólogo por antonomásia da Revolução Gloriosa e do regime liberal-conservador que resulta dela"[78]. É justamente em tal momento histórico que se verifica a ascensão da Inglaterra como a grande potência mundial, cujos teóricos viriam a influenciar diretamente nas constituições dos Estados na América. Nesse contexto, em 1669, o citado autor participou da redação das "constituições fundamentais da Carolina", então colônia

---

[73] LOCKE, John. *Second treatise of government.* Trad. livre. C.B. McPherson, Hackett Publishing Company, Indianopolis and Cambridge: 1980, p. 46.

[74] LOCKE, John. *Second treatise of government.* Trad. livre. C.B. McPherson, Hackett Publishing Company, Indianopolis and Cambridge: 1980, p. 46.

[75] CONTRERAS, Francisco José. *La filosofía del derecho en la historia.* 2. ed. Madrid: Tecnos, 2016, p. 184.

[76] LOCKE, John. *Second treatise of government.* Trad. livre. C.B. McPherson, Hackett Publishing Company, Indianopolis and Cambridge: 1980, p. 12.

[77] LOCKE, John. *Second treatise of government.* Trad. livre. C.B. McPherson, Hackett Publishing Company, Indianopolis and Cambridge: 1980, p. 12.

[78] CONTRERAS, Francisco José. *La filosofía del derecho en la historia.* 2. ed. Madrid: Tecnos, 2016, p. 181.

inglesa, em razão da sua proximidade com John Ashley, conde de Shaftesbury e membro do conselho real[79].

Embora a primeira formulação operativa do princípio da separação de poderes viesse a ocorrer posteriormente – e na América –, Locke é também um pioneiro a tratar da ideia, em termos teóricos. Não por acaso, historiografia constitucional costuma conceber a Inglaterra como um ponto de partida para o desenvolvimento da separação de poderes[80].

Partindo de um estado de natureza distinto daquele imaginado por Hobbes, também a conclusão de Locke é distinta. Para seu jusnaturalismo, não se pode chamar de "lei" qualquer coisa que ordene o soberano, rechaçando, por conseguinte, a configuração do Estado sob uma monarquia absoluta. De tal modo, a lei positiva somente pode ser considerada justa na medida em que seja coerente com a lei natural, cujo alicerce é a propriedade[81].

Revela-se aí a opinião do autor, no sentido de que o os contratantes do pacto hobbesiano celebram um negócio pouco rentável, ao superar a inseguridade do estado de natureza mediante um grande sacrifício à liberdade[82]. O rechaço à monarquia absoluta é explícito, já que a finalidade da sociedade civil seria de evitar e remediar os inconvenientes do estado de natureza, e não colocar as pessoas em uma situação ainda pior[83].

É clara, no pensamento de Locke, a apologia a um sistema de monarquia limitada, o que de fato se concretizou a partir de 1688, o que confirma a posição do autor como ideólogo da Revolução Gloriosa[84].

---

[79] CONTRERAS, Francisco José. *La filosofía del derecho en la historia*. 2. ed. Madrid: Tecnos, 2016, p. 180.

[80] CLAVERO, Bartolomé. *El orden de los poderes.* Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 33-39.

[81] CONTRERAS, Francisco José. *La filosofía del derecho en la historia*. 2. ed. Madrid: Tecnos, 2016, p. 183.

[82] CONTRERAS, Francisco José. *La filosofía del derecho en la historia*. 2. ed. Madrid: Tecnos, 2016, p. 192.

[83] LOCKE, John. *Second treatise of government.* Trad. livre. C.B. McPherson, Hackett Publishing Company, Indianopolis and Cambridge: 1980, p. 52-53.

[84] CONTRERAS, Francisco José. *La filosofía del derecho en la historia*. 2. ed. Madrid: Tecnos, 2016, p. 192.

Em tal configuração, o contratualismo do autor é marcado pela ideia do consentimento como fundamento do poder, devendo o Estado estar sempre voltado à missão maior de salvaguardar os bens dos contratantes. É importante notar que a atuação estatal não parece ser criativa aqui, seguindo uma linha de aperfeiçoamento do que já estaria revelado pela natureza. E não estamos falando de meras situações fáticas circunstanciais, mas sim supostos direitos inatos – e que, portanto, não podem ser adulterados. Aí reside a propriedade, cuja preservação, por consectário lógico, interessa sobretudo aos que se encontram sob a qualidade de proprietários. Seu consentimento livre forma um só corpo político, capaz de obrigar aos demais, o que não demanda uma forma expressa, sendo suficiente o fato de alguém viver dentro do território comum[85]. Afinal, se cada indivíduo pudesse se reservar a faculdade de não se sujeitar às leis que considere inconvenientes, o Estado seria algo inviável[86].

Como já referido em linhas anteriores, o contratualismo de Locke nasce intimamente conectado com a teoria da separação de poderes, que se adianta em mais de meio século às proposições de Montesquieu. O que hoje aparenta ser algo excessivamente abstrato e teórico (uma teoria contratualista centrada na defesa da propriedade) será componente fundamental do poder constituinte, exercendo uma influência direta na estruturação dos poderes formalmente instituídos posteriormente, nas primeiras constituições, em especial no continente americano.

### 4.3.3. O pensamento de Rousseau

Em **Jean-Jacques Rousseau** (1712-1778), o pacto social possui uma fundamentação bem diferente. Para ele, os seres humanos, em estado de natureza, são iguais, livres e essencialmente bons, sendo "o espírito da sociedade" responsável por corrompê-lo[87]. Como uma

[85] LOCKE, John. *Second treatise of government.* Trad. livre. C.B. McPherson, Hackett Publishing Company, Indianopolis and Cambridge: 1980, p. 37.

[86] CONTRERAS, Francisco José. *La filosofía del derecho en la historia.* 2. ed. Madrid: Tecnos, 2016, p. 194.

[87] ROUSSEAU, Jean–Jacques. *A Discourse Upon the Origin and the Foundation Of The Inequality Among Mankind.* Domínio público, p. 181. Disponível em: https://archive.

espécie de categoria teórica, o estado de natureza é marcado pela presença de homens originariamente íntegros, biologicamente sadios e moralmente retos, tornando-se maus e injustos apenas sucessivamente, por um desequilíbrio de ordem social[88].

Por óbvio, não estamos a falar aqui de um componente real, de natureza histórica. O estado de natureza consiste em uma categoria teórica, de ordem filosófica, que serve, ao mesmo tempo, como ponto de partida para a construções das ideias rousseaunianas e como estímulo de mudança ao homem moderno. Por meio dele, condena-se a estrutura histórico-social que mortificou a espontaneidade humana[89]. Tal construção virá a influenciar o mito do "bom selvagem", difundido na literatura francesa do século XVI, com os primeiros contatos entre os povos europeus e os povos indígenas do recém-conhecido continente americano.

Bem firmadas as premissas, é importante notar o pensamento pessimista de **Rousseau**, para quem a cultura, de forma como se configurou na histórica, deturpou a natureza do homem. Cuida-se, certamente, de um iluminista bastante peculiar, eis que, ao tempo em que considera a razão o instrumento adequado para a emancipação do ser humano, posiciona-se contra a cultura estabelecida e, portanto, contra os enciclopedistas. O que os demais iluministas concebiam como progresso era considerado, para **Rousseau**, uma tragédia inaugurada pelo nascimento da desigualdade entre os homens, o que remonta ao surgimento da ideia da propriedade[90].

---

org/stream/discourseuponor00rous#page/180/mode/2up/search/spirit. Acesso em: 08 fev. 2017.

[88] REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *História da filosofia.* Vol. 4. 3 ed. São Paulo: Paulus, 2009, p. 280.

[89] REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *História da filosofia.* Vol. 4. 3 ed. São Paulo: Paulus, 2009, p. 281.

[90] REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *História da filosofia.* Vol. 4. 3 ed. São Paulo: Paulus, 2009, p. 282. Nesse sentido, afirma Rousseau: "O verdadeiro fundador da sociedade civil foi o primeiro que, tendo cercado um terreno, lembrou-se de dizer isto é meu e encontrou pessoas suficientemente simplórias para acreditar nele" (ROUSSEAU, Jean–Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens.* Trad. Maria Lacerda de Moura. Centaur Editions, 2013, Kindle Edition, posição 835 de 1984).

Em seu *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens* (1754), ROUSSEAU deixa clara a distinção do seu pensamento em relação a HOBBES:

> Hobbes pretende que o homem é naturalmente intrépido e não procura senão atacar e combater. Um filósofo ilustre pensa, ao contrário, e Cumberland e Pufendorf também o afirmam, que nada é tão tímido como o homem em estado de natureza, sempre trêmulo e prestes a fugir ao menor ruído que o impressione, ao menor movimento que perceba.[91]

Concebido como o principal responsável pela fundação da ética humanista – em superação à ética "cósmica" ou religiosa que lhe precederam –, ROUSSEAU vai além dos critérios clássicos que fundamentaram a distinção entre humanidade e animalidade, para situá-la no âmbito da liberdade. É ela a tônica distintiva, conduzindo os seres humanos à chamada *perfectibilidade*, consistente na faculdade de se aperfeiçoar ao longo da vida:

> Até aqui, só considerei o homem físico; tratemos de o examinar agora pelo lado metafísico e moral. Não vejo em todo animal senão uma máquina engenhosa, à qual a natureza deu sentidos para prover-se ela mesma, e para se preservar, até certo ponto, de tudo o que tende a destruí-la ou perturbá-la. Percebo precisamente as mesmas coisas na máquina humana, com a diferença de que só a natureza faz tudo nas operações do animal, ao passo que o homem concorre para as suas na qualidade de agente livre. Um escolhe ou rejeita por instinto, o outro por um ato de liberdade, o que faz com que o animal não possa afastar-se da regra que lhe é prescrita, mesmo quando lhe fosse vantajoso fazê-lo, e que o homem dela se afaste freqüentemente em seu prejuízo. É assim que um pombo morre de fome perto de uma vasilha cheia das melhores carnes, e um gato sobre uma porção de frutas ou de grãos, embora ambos pudessem nutrir-se com os alimentos que desdenham, se procurassem experimentá-lo; é assim que os homens dissolutos se entregam a excessos que lhes ocasionam a febre e a morte, porque o espírito deprava os sentidos, e a vontade fala ainda quando a natureza se cala[92].

---

[91] ROUSSEAU, Jean–Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens.* Trad. Maria Lacerda de Moura. Centaur Editions, 2013, Kindle Edition, posição 381 de 1984.

[92] ROUSSEAU, Jean–Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens.* Trad. Maria Lacerda de Moura. Centaur Editions, 2013, Kindle Edition, posição 461-469 de 1984.

"O homem nasceu livre e, todavia, em todo lugar encontra-se em cadeias"[93]. Com tal frase emblemática, inicia-se o *Contrato social* de ROUSSEAU.

Bem firmadas as premissas teóricas a respeito do estado de natureza, bem como sobre as diferenças entre o ser humano e os demais animais, o autor se dedicará a uma construção teórica racional voltada à restituição da liberdade às pessoas. Aqui reside o seu *contrato social*. Tal pacto consiste, em realidade, em dois distintos atos. Inicialmente, um *primeiro pacto* seria responsável pela constituição da sociedade civil, uma comunidade[94].

A partir de uma sociedade civil constituída, surge um poder político, objeto de um *segundo pacto*: a renúncia de parte da liberdade de cada um dos integrantes, em favor de um supremo comando da vontade geral ("the supreme direction of the general will"[95]). O princípio que legitima o poder e garante a transformação social é a vontade geral, em consideração ao bem comum, o que dá lugar a um corpo moral e coletivo. É importante perceber, pois, que a vontade geral aqui mão se confunde com a mera soma das vontades de todas as pessoas, mas sim uma realidade que nasce a parte da renúncia de cada um, em favor da coletividade. O caminho traçado aponta para a "socialização radical do homem", sua "total coletivização"[96].

Diferentemente de HOBBES, que parte de apenas um pacto – e predefinido –, ROUSSEAU imagina a ideia de um pacto formado por pessoas livres a ponto de poderem optar por não o celebrar. Estabelecendo um paralelo com a instituição social familiar, afirma ROUSSEAU que "se continuam a permanecer unidos, já não é natural-

93 ROUSSEAU, Jean–Jacques. *The social contract.* Domínio público, p. 06. Disponível em: http://www.earlymoderntexts.com/assets/pdfs/rousseau1762.pdf. Tradução livre. Acesso em: 23 dez. 2017.

94 ROUSSEAU, Jean–Jacques. *The social contract.* Domínio público, p. 06. Disponível em: http://www.earlymoderntexts.com/assets/pdfs/rousseau1762.pdf. Acesso em: 08 fev. 2017.

95 ROUSSEAU, Jean–Jacques. *The social contract.* Domínio público, p. 07. Disponível em: http://www.earlymoderntexts.com/assets/pdfs/rousseau1762.pdf. Acesso em: 08 fev. 2017.

96 REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *História da filosofia.* Vol. 4. 3 ed. São Paulo: Paulus, 2009, p. 284.

mente, mas voluntariamente, e a própria família apenas se mantém por convenção"[97].

Além disso, em **Hobbes**, não há uma vontade geral, o que se verifica em **Rousseau**. O indivíduo, em **Rousseau**, é soberano (e não súdito). A vontade geral é única – a vontade do indivíduo é apenas parte da vontade geral –, de modo que, opondo-se a ela, tal indivíduo será considerado um inimigo do Estado. Aqui, portanto, o indivíduo deixa de ser um selvagem, mitigando sua vontade individual, passando a fazer parte de uma única nação, com uma única vontade. Não há, pois, na sua concepção, verdadeiramente uma representação política, mas uma vontade geral exercida por todos. A lógica ***republicana*** de **Rousseau** é monista, com uma só vontade ("geral", sem maioria ou minorias), diversamente do que se verifica em **Hobbes**, que possui uma ótica liberal, campo mais fértil para a o desenvolvimento de direitos individuais, por conceber uma clara distinção entre autonomias privada e pública.

Eis a síntese do pacto social rousseauniano cujo viés comunitarista é evidente: a alienação total de cada indivíduo, com todos os seus direitos, a toda comunidade, dando lugar a um corpo moral e coletivo que extrai desse mesmo ato a sua unidade e a sua vontade. Tal vontade geral, contudo, não se confunde com a soma das vontades de todos os componentes, mas uma realidade que brota da renúncia de cada um aos seus próprios interesses em favor da coletividade[98].

### 4.3.4. O pensamento de Immanuel Kant

Nascido em 1724, em Königsberg, na Prússia Oriental (hoje Caliningrado, na Rússia), numa modesta família de artesãos, **Kant** é certamente um dos maiores expoentes da modernidade. Sua densa produção literária lhe rendeu três grandes obras do chamado criticismo: **a)** Crítica da Razão Pura (1781); **b)** Crítica da Razão Prática

[97] ROUSSEAU, Jean–Jacques. *The social contract.* Trad. Livre. Domínio público, p. 02. Disponível em: http://www.earlymoderntexts.com/assets/pdfs/rousseau1762.pdf. Acesso em: 08 fev. 2017.

[98] ROUSSEAU, Jean–Jacques. *The social contract.* Domínio público, p. 07. Disponível em: http://www.earlymoderntexts.com/assets/pdfs/rousseau1762.pdf. Tradução livre. Acesso em: 23 dez. 2017.

(1788) – em que trata de aspectos éticos e jurídicos; **c)** Crítica da Faculdade do Juízo (1790).

Cuida-se, indubitavelmente, de um dos principais pensadores modernos, operando na filosofia uma "revolução" que ele próprio assimilou à realizada por Copérnico na astronomia. É também atribuída a ele a tarefa conciliar as correntes do racionalismo/empirismo e também as correntes do dogmatismo/ceticismo. Em tal linha, segundo KANT, o conhecimento somente é alcançado com a interação entre condições materiais advindas da experiência, com as condições formais de conhecimento. Vejamos as conciliações realizadas por KANT no campo da filosofia, à luz da sistematização de Paulo Nader[99]:

**i. Dogmatismo x ceticismo:**

**a. Dogmatismo** – Para tal corrente filosófica, os objetos são acessíveis ao conhecimento, tanto no campo da **percepção** quanto no do **pensamento**.

**b. Ceticismo** – Para o ceticismo, o sujeito é incapaz de apreender o objeto tal como se apresenta na realidade. Logo, não se devem formular juízos, sendo correta a abstenção de julgamentos.

**c. Criticismo (Kant)** – Consiste num *"meio termo entre a temeridade dogmática e o desespero cético"*. Seu método tem a ver com a *dúvida metódica* de **DESCARTES**, pois compreende a pesquisa da origem das próprias afirmações, objeções e seus fundamentos.

**ii. Racionalismo x empirismo:**

**a. Racionalismo** – Para tal corrente filosófica, a razão é a fonte do conhecimento. O conhecimento verdadeiro advém de um saber logicamente necessário e universalmente válido (filósofos da Europa continental). Assim, o conhecimento **prescinde (dispensa) da experiência**;

**b. Empirismo** – Todo saber deriva da experiência (filósofos ingleses).

[99] NADER, Paulo. *Filosofia do direito*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 183.

c. **Apriorismo (Kant)** – O espírito é dotado de elementos *a priori*, de natureza apenas formal, semelhante a recipientes onde a experiência deposita conteúdos.

iii. **Realismo x Idealismo:**

a. **Realismo** – As coisas existem independentemente do sujeito cognoscente e nosso espírito é capaz de conhecê-las exatamente como são.

b. **Idealismo** – Nada há fora da consciência.

c. **Fenomenalismo (Kant)** – Distingue, nos objetos, o ***fenômeno*** e o ***númeno***. O espírito humano seria capaz de conhecer as coisas apenas em sua aparência (**conhecimento sensível**), pois o *númeno*, ou a coisa em si, seria inacessível à inteligência humana. Conciliam-se, portanto, as duas correntes.

- **Conhecimento sensível**: representa as coisas como aparecem ao sujeito, e não como são em si.
- **Conhecimento intelectivo**: é a faculdade de representar os aspectos das coisas que, por sua própria natureza, não são captados pelos sentidos. Ex.: conceito de necessidade.

No campo da chamada **razão prática**, é importante notar que KANT distingue a moral do Direito, "entendendo que a primeira se ocuparia com o motivo da ação, que deveria identificar-se com o amor ao bem, enquanto par ao segundo o relevante seria o plano superior das ações"[100].

No âmbito do direito, coube a KANT inaugurar a chamada Escola do Direito Racional, concebendo a liberdade como o valor máximo.

Seu pensamento repudia o conceito de justiça com base no critério utilitarista de maximização do bem-estar, bem como o critério aristotélico de valorização da virtude. **Na sua visão, a justiça e a moralidade devem ser associadas à liberdade** – mas não a liberdade

---

[100] NADER, Paulo. *Filosofia do direito*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 185.

de mercado, que, segundo Kant, envolve simplesmente a satisfação de desejos, mas sim uma concepção mais exaltada de liberdade.

**Ao rejeitar o utilitarismo, entende Kant que o fato de uma coisa proporcionar prazer para alguém não é suficiente para ser considerado justo.** Tampouco a moralidade deve ser baseada apenas em considerações empíricas, como interesses, vontades, desejos e preferências que as pessoas possam ter em determinado momento. Assim sendo, o autor chega a uma conclusão emblemática: fazer um homem feliz é muito diferente de fazer dele um homem bom. Assim, o princípio supremo da moralidade somente pode ser atingido por meio do exercício daquilo que ele denomina "**pura razão prática**".

Essa razão prática tem por premissa a ideia de que os seres humanos são capazes de raciocinar e ser livres, não sendo os sentimentos de prazer e dor soberanos sobre nós. Em outras palavras, o ato de agir de forma livre consiste em uma forma de se desvencilhar dos instintos. Nesse mesmo caminho, entende Kant que **o respeito à dignidade humana exige que tratemos as pessoas como fins em si mesmas.**

De igual forma, **o valor moral de uma ação não pode residir em suas consequências,** mas na **intenção** com a qual é realizada. O que importa é o motivo, que deve ser de uma determinada natureza. O que importa é fazer a coisa certa porque é a coisa certa, e não por outro motivo exterior a ela. Como síntese, podemos afirmar, sem dúvidas, que Kant é um intencionalista, ao contrário de autores como STUART MILL, consequencialistas. Para Kant, o dever é uma etapa do pensamento moral que ajuda a refletir sobre a boa conduta, aproximando-se dela na medida em que se traduzir em imperativos universalizáveis (aquilo que deve se respeitar para agir moralmente bem). A sua concepção moral, traduzida pelo chamado **imperativo categórico**, pode ser sintetizada por meio do seguinte mandamento: "atua de tal modo que a máxima de teus atos possa valor como princípio de uma legislação universal"[101].

[101] NADER, Paulo. *Filosofia do direito*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 185.

## 4.4. Filosofia do Direito na contemporaneidade (pós-Revolução Francesa)

### 4.4.1. A Escola histórica do Direito e o pensamento de Savigny

Nascido em 1779, na Alemanha, cerca de uma década antes do início da Revolução Francesa – que duraria até 1789 –, FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY é certamente uma das maiores referências do direito no mundo.

Em 1814, tal pensador fundou, junto com Niebuhr, Eichhorn e Goeschen, a chamada Escola Histórica do Direito, inicialmente focada no estudo do direito alemão antigo e do direito romano clássico.

Ao longo dos anos, Savigny foi percebido pelos liberais pós-revolucionários como uma reminiscência do antigo regime, em especial por conta da **polêmica sobre a codificação**[102]. Com o avanço de Napoleão sobre os territórios germânicos, o direito romano – aplicado ao Sacro Império Romano-Germânico desde o imperador Lotário I – foi substituído pelo Código de Napoleão, marcado os ideais da Revolução Francesa, tendo sido bem acolhido em muitas regiões da Alemanha. Posteriormente, com a derrota de Napoleão, os germânicos se viram em um verdadeiro dilema: deveriam aproveitar a oportunidade para redigir um Código Civil alemão único? Foi essa a ideia defendida por autores como **THIBAUT**, catedrático em Heidelberg e rival de Savigny, que rechaçou a proposta, propondo, em lugar da codificação, o desenvolvimento do **direito científico**. Tais fatos servem de pano de fundo para uma melhor sistematização das ideias de Savigny, que podem ser postas da seguinte forma:

**a)** A escola histórica, integrada por Savigny, parte de uma **concepção organicista da sociedade e da história**, de modo que "nem os indivíduos nem as épocas históricas concretas – tampouco a atual – resultam inteligíveis se realizada uma

[102] CONTRERAS, Francisco José. *La filosofía del derecho en la historia*. 2. ed. Madrid: Tecnos, 2016, p. 248.

abstração de sua relação com o todo social e o todo histórico a que pertencem"[103];

b) **Repúdio à codificação**, por considerá-la uma forma de romper a continuidade e a organicidade social, ao substituir o passado por uma construção iniciada a partir do nada, que leva em consideração apenas o arbitrário **voluntarismo do legislador**, desconsiderando o **espírito do povo**;

c) O direito não nasce das leis, mas sim da **consciência/espírito comum do povo (*Volksgeist*), derivando dos costumes e das crenças populares, reforçados pela jurisprudência.** O "espírito do povo" pode ser compreendido como a tradição cultural;

d) Valorização do **papel dos juristas**, a quem compete o desenvolvimento da **ciência do direito**. Os juristas seriam os verdadeiros porta-vozes da consciência popular, integrando o núcleo central do direito;

e) Valorização de conceitos e categorias jurídicas derivadas das *Pandectas* romanas, a revelar, para alguns autores, uma "visão platonizante dos conceitos jurídicos fundamentais, entendidos como 'arquétipos' atemporais subsistentes por si mesmos [...]"[104].

## 4.4.2. O pensamento de Karl Marx

Nascido em Tréveris, no ano de 1818, Marx estudou Direito e filosofia em Bonn e Berlim, sob forte influencia da filosofia hegeliana. Naquela época, os seguidores de Hegel – cujo pensamento dominava a Universidade de Berlim – se interessavam fortemente por dois grandes temas: a crítica à religião e a luta contra o absolutismo monárquico, antes da unificação alemã.

---

[103] CONTRERAS, Francisco José. *La filosofía del derecho en la historia*. 2. ed. Madrid: Tecnos, 2016, p. 251.

[104] CONTRERAS, Francisco José. *La filosofía del derecho en la historia*. 2. ed. Madrid: Tecnos, 2016, p. 259.

No início de sua carreira acadêmica (1842-1843), o "jovem Marx" se dedicou, junto a outros jovens influenciados pela filosofia hegeliana, a escrever artigos sobre temas liberais, a exemplo da liberdade de impressa. Posteriormente, Marx se muda da Prússia a Paris, momento em que sua produção de conhecimento adquire um caráter mais radical. Este segundo momento é também marcado por uma série de conflitos entre o pensador e seus correligionários, a exemplo de **Proudhon**, **Weitling**, **Lassalle** e **Bakunin**. Há, porém, uma única exceção: seu grande amigo Friedrich Engels, a quem se une em Paris, no ano de 1844. Diferentemente de Marx, Engels era herdeiro de uma rica família industrial, mas acaba se interessando pela situação da classe trabalhadora e pelo movimento sindical, ainda incipiente[105].

A pedido do governo prussiano, Marx foi expulso de Paris em 1845, estabelecendo-se então em Bruxelas, passando a integrar a chamada Liga dos Comunistas. Sua amizade entre com Engels resultou em diversas obras escritas em conjunto, sendo a mais importante o Manifesto Comunista (1848). Mais uma vez, uma nova expulsão ocorreu, passando o pensador a residir em Londres, local em que veio a se estabelecer até o fim da sua vida. Em tal período, escreveu duas relevantes obras: O 18 Brumário de Luís Bonaparte (1852) e O Capital (1867).

Em linhas gerais, o pensamento marxista possui as seguintes características:

a) Fundamentação no chamado **materialismo histórico**, que acredita que a moral, a religião, a metafísica e qualquer ideologia, bem como as formas de consciência delas derivadas, decorrem de um elemento de ordem material: a estrutura econômica da sociedade. Em outras palavras, não é a consciência dos homens o que determina seu ser, mas sim o contrário: seu ser social é que determina sua consciência. Sendo ainda mais simples: o mundo das ideias é o reflexo da realidade, mais precisamente dos meios de produção;

[105] CONTRERAS, Francisco José. *La filosofía del derecho en la historia*. 2. ed. Madrid: Tecnos, 2016, p. 263-264.

b) A concepção dos **meios de produção** como a ***estrutura*** **econômica da sociedade**, a base sobre a qual é construída a ***superestrutura*** **jurídica e política**. Cuida-se aqui de uma decorrência direta do materialismo histórico, cujo dogma fundamental pode ser assim resumido: a estrutura econômica determina a superestrutura política, jurídica e cultural[106];

c) A crença na **inevitabilidade do comunismo**, a partir de uma concepção determinista da história, que tem em seu curso a implementação do socialismo. Para Marx, o advento do socialismo é uma decorrência inevitável das crises cíclicas do modo de produção capitalista, com suas contradições internas, a conduzir a humanidade a um colapso. Em vez de utópico, Marx se considera um **científico social** que havia decifrado as leis históricas e diagnosticado as contradições capitalistas (daí a expressão "socialismo científico", em vez de "socialismo utópico")[107]. Destaca-se aqui o papel da **luta de classes**, liderada pelo proletário, sujeito revolucionário por excelência. A classe proletária, como uma classe universal e despojada, sem nada a perder, seria forçada a lutar por uma sociedade sem classes, impondo sua própria ideologia e instituindo o socialismo como um meio para o comunismo. Em tal movimento, seria inevitável uma **ditadura do proletariado**, com a estatização dos meios de produção;

d) A concepção da **ideologia** como uma **falsa percepção da realidade**, consistente nas ideias da classe dominante. Diferentemente de autores como Saint-Simon, para quem a ideologia corresponderia a uma "visão de mundo" ou "sistemas de ideias", **Marx** a concebe como um conjunto de ideias que serve à manutenção da classe dominante, de modo a justificar o estado das coisas;

[106] CONTRERAS, Francisco José. *La filosofía del derecho en la historia.* 2. ed. Madrid: Tecnos, 2016, p. 267.

[107] CONTRERAS, Francisco José. *La filosofía del derecho en la historia.* 2. ed. Madrid: Tecnos, 2016, p. 268.

e) A concepção do **Direito** como o produto de ideias burguesas integrantes da superestrutura, sendo derivado dos meios de produção. Como consequência, o autor não acredita nas reformas por meio de intervenções legislativas, já que inevitavelmente derivadas da estrutura econômica.

### 4.4.3. O positivismo jurídico de Hans Kelsen

Kelsen nasceu em Praga, no ano de 1881, tendo estudado Direito na Universidade de Viena, local onde passou a ensinar direito público e filosofia do direito.

Não custa lembrar a representatividade cultural de Viena no século XX, destacando-se personalidades como Sigmund Freud, Lidwig von Mises, Ludwig Wittgestein, Max Planck, Richard Strauss, dentre outros. Em tal momento, Kelsen integra a famosa Escola jurídica de Viena, tornando-se um dos pais da Constituição da Nova República Austríaca, desmembrada a partir do Tratado de Versalhes (1919). Suas contribuições para a criação de um Tribunal Constitucional o levaram a ocupar a posição de membro deste mesmo Tribunal entre 1920 e 1930. Apenas em 1933, com a tomada de poder nazista, Kelsen se desloca para Genebra até o ano de 1940, quando se muda para os Estados Unidos. Lá, diante da sua fama, passa a ensinar em grandes centros, a exemplo da Universidade de Harvard e a Universidade de Berkeley[108].

Dentre seus principais escritos, destaca-se a chamada Teoria Pura do Direito (1934), que sintetiza o seu pensamento positivista. De uma maneira geral, podemos traçar as principais características do pensamento kelseniano da seguinte forma:

a) **Desenvolvimento de uma teoria "pura" do direito**, afastada de toda a ideologia política, possuindo um objeto regido por leis que lhe são próprias. Kelsen demonstra uma obsessão pela cientificidade das ciências naturais, marcada pelo desenvolvimento da técnica, buscando resolver o problema do déficit de cientificidade da teoria jurídica por meio de uma

[108] CONTRERAS, Francisco José. *La filosofía del derecho en la historia*. 2. ed. Madrid: Tecnos, 2016, p. 307-308.

**teoria pura do direito.** Apenas uma teoria pura seria capaz de emancipar o direito da ética e da moral;

b) A defesa da ideia de que **não existe outro direito fora do direito positivo, rejeitando-se o jusnaturalismo**. O chamado "direito natural" é repelido por Kelsen, que o concebe como meras propostas morais sobre como deveria ser o direito (ideologia jurídica)[109]. Para Kelsen, a Teoria do Direito deve procurar definir o que é e como se forma o direito, sem questionar-se sobre como ele deveria ser. Isso porque não caberia à ciência emitir juízos de valor, mas apenas descrever e explicar o funcionamento da realidade;

c) **Separação total entre Direito e moral.** Para Kelsen, os conceitos de Direito e moral não se misturam, em razão da cientificidade jurídica, que deve abstrair os juízos de valor;

d) **A concepção do direito como uma ordem coativa.** Kelsen concebe o Direito como uma ordem coativa, que objetiva forçar uma conduta determinada, mediante ameaça de sanção. Concebe-se, pois, o Direito como uma **técnica de controle social** marcada pela sanção[110];

e) **A ideia de que o direito pode ter qualquer conteúdo.** Para Kelsen, o que distingue o Direito dos outros sistemas normativos não é o seu conteúdo, mas sim a sua forma, a técnica específica de produção das normas jurídicas. Enquanto o Direito possui um método de produção próprio e é marcado pela institucionalização das sanções jurídicas, as normas morais consistem em imperativos categóricos sem sanção institucionalizada e aparelhada pelo Estado;

f) **O desenvolvimento de uma estrutura lógica própria da norma jurídica.** Kelsen separa as normas jurídicas das normas das ciências naturais. Para ele, o nexo de causalidade que une a condição e a consequência, nas leis da física, é

[109] CONTRERAS, Francisco José. *La filosofía del derecho en la historia.* 2. ed. Madrid: Tecnos, 2016, p. 309.

[110] CONTRERAS, Francisco José. *La filosofía del derecho en la historia.* 2. ed. Madrid: Tecnos, 2016, p. 320.

diverso do nexo que une as condições e a consequência das normas jurídicas. Isso porque as leis da física se encontram no campo do "**ser**". Elas descrevem uma inevitável consequência extraída da observação e da ciência empírica. As normas jurídicas, por outro lado, consistem em um "**dever ser**", marcado por um "**nexo de imputação**", **que cria uma consequência jurídica, em vez de apenas observá-la.** Mas atenção: a caracterização do Direito como "dever ser" é algo desprovido de sentido moral, possuindo um sentido puramente lógico-estrutural;

g) **A crença em uma norma fundamental (*Grundnorm*) no plano do suposto.** No pensamento kelseniano, a validade de uma norma jurídica depende da satisfação de requisitos formais estabelecidos pelas normas jurídicas superiores, numa estrutura de pirâmide normativa. Assim, o fundamento de validade das normas que se encontram na base da pirâmide se encontra na sua parte superior. O problema reside em saber o fundamento de validade da Constituição, já que ela se encontra no topo da pirâmide, não sendo possível extrair sua validade a parte de uma norma positiva. Para resolver tal impasse, Kelsen defende a existência de uma "norma fundamental hipotética", que se encontra no "plano do suposto". É a Constituição em seu sentido lógico-jurídico (ou transcendental), em oposição ao sentido jurídico-positivo. Em síntese, "Kelsen está dizendo que é preciso proceder como se uma norma fundamental houvesse conferido validez à primeira constituição histórica"[111].

### 4.4.4. A crítica neojusnaturalista a Kelsen e o positivismo moderado de Norberto Bobbio

Uma crítica bastante comum feita ao positivismo jurídico de Hans Kelsen pode ser sintetizada nas palavras de Gustav Radbruch, para quem "o positivismo jurídico, com sua convicção de que 'lei é

[111] CONTRERAS, Francisco José. *La filosofía del derecho en la historia.* 2. ed. Madrid: Tecnos, 2016, p. 313.

lei', deixou indefesos os juristas alemães diante de leis de conteúdo arbitrário e criminal"[112].

Ao final da Segunda Guerra mundial, com o fim do regime nazista, não foram poucas as críticas formuladas pelos juristas ao positivismo jurídico. Não por acaso, é justamente em tal momento histórico que se inaugura o chamado pós-positivismo, objetivando a reaproximação entre direito e moral, entre jusnaturalismo e positivismo.

Em linhas gerais, a crítica formulada por Radbruch entende que o positivismo jurídico, ao retirar da ciência jurídica os juízos de valor oriundos da moral, acabou por legitimar a barbárie nazifascista, uma forma de governo arbitrário que se instalou em boa parte da Europa, com fundamento na legalidade formal. Como explica Contreras, "o positivismo jurídico favoreceria, em definitivo, uma atitude de acatamento incondicional do poder estabelecido"[113]. Ao final, conclui Radbruch que a juridicidade de uma norma jurídica não pode depender apenas de aspectos formais, mas também de sua correção moral.

Tal pensamento crítico foi objeto das considerações de **Norberto Bobbio**, jurista italiano defensor do positivismo jurídico – embora igualmente crítico dos regimes totalitários que haviam dominado boa parte da Europa.

Segundo Bobbio, em realidade, Kelsen fez uma distinção clara entre o **valor** do direito e a sua **validade** enquanto norma. Em outras palavras, o positivismo diferencia dois problemas distintos: a indagação sobre se a norma existe da indagação sobre se ela é justa. Para ser concebido como ciência, caberia ao direito se ocupar da primeira indagação, sendo indiferente aos valores. Isso, todavia, não elimina o problema da justiça.

Na visão do autor, o positivismo se limita a afirmar que a validade jurídica de uma norma não depende de sua justiça, sem que isso, contudo, signifique a negação do problema da justiça. Assim, não existe uma necessária conexão lógica entre as questões relativas à

---

[112] RADBRUCH, Gustav. *Gesetzliches Unrech und übergesetzliches Recht.* A. Kaufmann e L. E. Backmann (eds), Darmstadt, 1972, p. 349.

[113] CONTRERAS, Francisco José. *La filosofía del derecho en la historia.* 2. ed. Madrid: Tecnos, 2016, p. 322.

validez, justiça e ao dever de obediências às normas jurídicas. Nesse sentido, explica Contreras, de forma bastante didática:

> Em realidade, tudo se entende melhor, segundo Bobbio, se distinguirmos três problemas: 1) questão de validez: "a norma X é válida ou não? (é ou não uma verdadeira norma jurídica?)"; 2) a questão da justiça: "é moralmente correta a norma X?"; 3) a questão do dever de obediência: "devo eu obedecer a norma X?". A pergunta mais importante, para efeitos práticos, é a terceira.
>
> Então, a diferença entre jusnaturalismo e positivismo jurídico residiria, segundo Bobbio, em que o primeiro tende a tratar como um pacote indissociável as três questões: se respondemos "sim" à primeira pergunta ("é valida a norma X?"), tenderemos a responder "sim" também às duas seguintes: "se é válida, também é justa (pois como poderia o legislador ordenar algo injusto?)". E, sendo válida e justa, eu devo obedecer a ela, ainda que não goste dela (questão n. 3). O positivismo jurídico, por sua vez, considera o cidadão médio como capaz de distinguir conceitualmente as três questões.
>
> [...]
>
> Com efeito, o que ganhamos – diria Bobbio – negando que as leis nazistas – por exemplo – sejam verdadeiras leis? Não equivale isso à [...] negação voluntarista da realidade [...]?[114].

Por fim, cabe ressaltar que, para Bobbio, o positivismo jurídico pode ser concebido sob três distintas formas:

a) **Positivismo jurídico como método de estudo do Direito.** Para o citado autor, o caráter formalista do positivismo jurídico permite aos seus estudiosos separar os demais fatos sociais, com seus juízos de valor, do Direito;

b) **Positivismo jurídico como uma teoria do Direito.** Aqui, concebe-se o fenômeno jurídico sob determinadas características, tais como: o caráter imperativo/coativo; a legislação como fonte principal do Direito; a coerência do ordenamento jurídico, pleno e carente de antinomias; a interpretação mecanicista da norma;

[114] CONTRERAS, Francisco José. *La filosofía del derecho en la historia*. 2. ed. Madrid: Tecnos, 2016, p. 325.

c) **Positivismo jurídico como uma ideologia** que aponta para a obediência incondicional à lei positiva.

### 4.4.5. O liberalismo igualitário de John Rawls

John Rawls é essencialmente um neocontratualista. Em plano século XX, momento em que as teorias contratualistas[115] são concebidas como obras ultra-ficcionais, Rawls revive e reconstrói corajosamente tal corrente doutrinária. Cuida-se, também, de um autor de linha liberal, embora bastante moderado, sem a cegueira social dos seus remotos antecessores. Sua ideia é bastante pretensiosa: busca aplicar a teoria contratualista a um contexto contemporâneo (americano), com elementos retributivos de justiça social[116].

A teoria de justiça de Rawls recai essencialmente sobre distribuição de bens e posições jurídicas (justiça distributiva[117]), como ocorre com frequência entre autores americanos. Assim, a pergunta que faz pode ser resumida da seguinte forma: *como a renda, riqueza e oportunidade podem e devem ser distribuídos? De acordo com que princípios?*

Rejeitando a distribuição com base em fatores meramente arbitrários, Rawls defende que os princípios de justiça derivam de um contrato hipotético, que deve ser executado numa posição original de igualdade, por trás do que denomina de "véu da ignorância"[118]. Em tal estado original, as pessoas não escolheriam o utilitarismo como princípio maior, supondo-se que desejariam ser tratadas com dignidade (o utilitarismo não considera as diferenças entre as pessoas, que, sob o véu que lhes cega, não trocariam seus direitos e liberdades fundamentais por quaisquer vantagens econômicas). Assim, as pessoas em geral, sob a aludida posição original, escolheriam: ***a) princípios e liberdades iguais e básicas (liberdade de expressão, liberdade religiosa***

---

[115] Contratualistas, como Rousseau, Hobbes e Locke, são autores que buscam justificar a origem do Estado em um suposto (ou pressuposto) pacto feito pela sociedade, composta por pessoas livres e iguais.

[116] RAWLS, John. *Uma teoria da Justiça.* São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 127-200.

[117] RAWLS, John. *Uma teoria da Justiça.* São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 285-359.

[118] RAWLS, John. *Uma teoria da Justiça.* São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 146.

*etc.); b) princípio da diferença: desigualdades sociais e econômicas permitidas apenas se trabalharem, em especial, para beneficiar os menos favorecidos*[119].

É possível afirmar, pois, que Rawls defende um sistema mais igualitário de distribuição de riquezas, em oposição a um sistema exclusivamente libertário e meritocrático. Tal teoria possibilita claramente a justificação de políticas afirmativas, que funcionam como meios capazes de reduzir a distribuição de riquezas com base em critérios exclusivamente arbitrários. Sob a posição original do "véu da ignorância", em que as pessoas ignoram por completo todas as suas particularidades (gênero, idade, classe social, etnia etc.), seria razoável supor que escolheriam um sistema eleitoral norteado por disposições normativas tendentes a assegurar uma paridade de gênero da representação social.

Embora capaz de construir um pensamento coerente a respeito do tema, o pensamento teórico de Rawls não parece ser um campo completo para abordar temas como as ações afirmativas. Isso se deve, em especial, à contrafaticidade de sua teoria: excessivamente abstrata, parte de um pressuposto simplificador da realidade social.

Para se chegar a tal conclusão, é suficiente formular o seguinte questionamento: quem firma o contrato social em Rawls? Pessoas puramente *racionais* e isoladas de seu contexto histórico – e aí reside uma forte crítica traçada por **Michael Walzer** aos contratualistas[120]. Não há, em Rawls, nada relacionado ao afeto, condição social, gênero etc., o que torna sua teoria excessivamente formal, abstrata e utópica. Bem pensadas as coisas, a ideia de uma "posição original" reduz as pessoas sob o "véu da ignorância" a uma única pessoa.

Em outras palavras, a "posição original" consiste em um pressuposto desprovido do elemento humano: é apenas racional e nada mais. Ao desenhar autores sociais que ignoram sua condição social, de gênero etc., a teoria proposta, em sua feição liberal, desenha as pessoas fora de qualquer contexto, não parecendo inovar muito da

---

[119] RAWLS, John. *Uma teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 57-122.

[120] Walzer, Michael. *Las esferas de la justicia*. México: Fondo de Cultura Económica, 1993, p. 18-19.

ideia de imperativo categórico de KANT. Além disso, cria um paradoxo: seu princípio da diferença inicia repudiando o utilitarismo, mas termina por se justificar em termos úteis de maximização da felicidade (o benefício às pessoas em geral).

### 4.4.6. A teoria dos sistemas de Niklas Luhmann

Nascido em Luneburgo, em 1927, NIKLAS LUHMANN foi um sociológico alemão responsável pelo desenvolvimento da ideia do **direito como sistema autopoiético (ou autorreferencial).**

A noção de autopoiese deriva dos estudos da biologia, representando o rompimento da ideia de que a evolução das espécies seria determinada exclusivamente pelo meio ambiente. O complexo pensamento de Luhmann importou tal noção às ciências sociais, podendo ser sintetizado a partir das seguintes ideias:

**a)** A concepção do Direito como um sistema autopoiético, dependente de sua organização interna, cujos preceitos são válidos se estiverem conforme o próprio direito. Cuida-se aqui de um elemento de forte inspiração positivista. Tal sistema possui três momentos ou ramificações interdependentes: (i) a **autorreferência**; (ii) **a reflexividade**; (iii) **a reflexão.** Pela autorreferência, o Direito é concebido como um sistema "cujos elementos são produzidos e reproduzidos pelo próprio sistema, mediante interação circular e fechada"[121]. A reflexividade, por seu turno, consiste na referência que um processo faz de si próprio, a exemplo da decisão de decidir ou a normatização da normatização[122]. Por fim, a reflexão consiste no reconhecimento de que o sistema é capaz de refletir sobre sua própria identidade;

**b)** A crença de que o Direito, como sistema, é formado pelo dualismo legal/ilegal, diferentemente da moral, que se vale do binômio bem/mal;

---

[121] NADER, Paulo. *Filosofia do direito*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 228.

[122] NADER, Paulo. *Filosofia do direito*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 228.

c) A ideia de que o Direito funciona através de um "**fechamento operacional**", sendo produzido e aplicado a partir dos seus próprios elementos internos, sem porém excluir a chamada "**abertura cognitiva**", pelo que o sistema jurídico é capaz de se comunicar com outros sistemas (como a política, a economia, a moral etc.). Essa abertura cognitiva permite conceber o direito como algo não exclusivamente fechado, mas também aberto à realidade subjacente.

### 4.4.7. O debate sobre a superação do positivismo jurídico em Hart e Dworkin

Já restou claro, ao longo das linhas escritas, que o positivismo jurídico consiste em uma teoria que se desenvolveu profundamente na modernidade, derivando, sobretudo, dos fenômenos históricos associados às revoluções liberais. Graças ao positivismo, ocorre uma forte **estatização do direito**, quebrando-se o pluralismo jurídico medieval. Curiosamente, o positivismo representa, em termos históricos, o desenvolvimento natural do jusnaturalismo, como forma de solidificar os ideais revolucionários.

Não podemos negar, todavia, que o paradigma positivista se encontra em crise, especialmente diante do fenômeno da globalização. Após a Segunda Guerra, muitos debates e críticas ao positivismo ganharam força, destacando-se o embate entre dois fundamentais autores: HART e DWORKIN.

Nascido em Harrogate, em 1907, **H. L. A. HART** foi o principal responsável pela reformulação do positivismo jurídico no período pós-Guerra, defendendo a permanência do referido paradigma teórico, sob uma forma renovada. Suas ideias podem ser sistematizadas a partir das seguintes características, registradas em artigo publicado em 1980:

a) **Separação entre Direito e moral**. Mesmo reconhecendo a existência de diversas importantes conexões entre direito e moral, Hart as considera **contingentes**, não necessárias sob os aspectos lógico e conceitual. É dizer: as leis não precisam satisfazer as exigências da moral, ainda que frequentemente

o façam, devendo-se preservar a universalidade do fenômeno jurídico. O próprio Hart, porém, chega a defender que todo ordenamento jurídico deve incluir uma série de conteúdos mínimos, a exemplo das normas restritivas da violência e instituidoras da propriedade privada, a revelar um resgate mínimo da teoria jusnaturalista[123];

b) **Reconhecimento do caráter convencional do Direito**, a revelar sua fonte social. Para Hart, o Direito é convenção, artifício. Justamente por isso, é marcado pela autofundamentação e autorreferibilidade: cabe ao próprio Direito definir as condições da validade jurídica de uma norma, por meio da chamada "regra de reconhecimento". A identificação normativa decorre de tal regra, com critérios estritamente jurídicos;

c) **Discricionariedade judicial.** Diferentemente dos positivistas clássicos – que defendiam a absoluta completude do Direito –, entende Hart que, em todo sistema jurídico, haverá casos não previstos ou regulados expressamente, sendo o Direito parcialmente indeterminado ou incompleto. Diante dos chamados "casos difíceis" ("hard cases"), o autor defende que o juiz deve atuar de forma discricionária. Tal discricionariedade, contudo, é fraca, sujeita a limitações jurídicas.

Bastante diverso é o pensamento de **RONALD DWORKIN.** Nascido em 1931, nos Estados Unidos, Dworkin é certamente o mais influente filósofo do direito das últimas décadas, sendo bastante difundidas suas ideias contrárias ao positivismo jurídico e ao utilitarismo[124].

Ele foi o sucessor de Hart na cátedra da Universidade de Oxford, sendo um expoente do liberalismo individualista, como revela Paulo Nader:

123 CONTRERAS, Francisco José. *La filosofía del derecho en la historia*. 2. ed. Madrid: Tecnos, 2016, p. 340-341.

124 CONTRERAS, Francisco José. *La filosofía del derecho en la historia*. 2. ed. Madrid: Tecnos, 2016, p. 343.

> Dworkin sustenta a tese de que os direitos individuais são essenciais ao Direito e constituem "triunfos políticos em mãos dos indivíduos". Ao mesmo tempo nega à liberdade a condição de um direito fundamental, dado que o Estado pode limitar o seu exercício em favor de políticas de bem-estar social [...]. O princípio da igualdade, pelo que há de haver igual respeito e consideração a todos os indivíduos, é ideia central do liberalismo igualitário de Dworkin[125].

Em resposta à publicação de Hart em 1980, Dworkin formulou uma dura crítica ao neopositivismo, tocando em todos os seus eixos centrais:

a) **Reaproximação entre direito e moral.** Para Dworkin, o direito não possui apenas uma dimensão descritiva, mas também prescritiva-justificatória, comprometida com princípios e valores morais. No lugar de um jurista neutro, o autor propõe um jurista engajado e comprometido com uma teoria geral valorativa, não apenas conceitual. Assim, a teoria da legislação, por exemplo, deve incorporar também aspectos relativos à legitimidade e à filosofia política. O fenômeno jurídico não precisa ser universal, como aspiravam Kelsen e Hart, sendo marcado pela concretude dos valores liberais e humanistas que o justificam. Dworkin defende uma visão holística do direito como **integridade**, marcado pela coexistência de regras e princípios, estes últimos de caráter moral, prescrevendo diretrizes políticas, econômicas e sociais. Há aqui uma relação direta entre princípios e valores do direito natural – ainda que Dworkin não consista propriamente em um jusnaturalista, por não reconhecer a existência de princípios universais e imutáveis;

b) **Refutação à "regra de reconhecimento" de Hart.** Para Dworkin, o normativismo positivista é reducionista, por desconsiderar a centralidade dos princípios, como diretrizes que oferecem uma razão para decidir em uma certa direção. Diferentemente das regras – que seguem a "lógica do tudo ou nada" –, os princípios entram constantemente em conflito, não

[125] NADER, Paulo. *Filosofia do direito*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 230-231.

podendo ser validados ou identificados de pronto mediante a aplicação de uma "regra de conhecimento" definidora dos critérios de validade. O autor também critica o pensamento de Hart, por considerar que o positivismo somente considera as discrepâncias empíricas (saber, por exemplo, a norma aplicável a determinado caso), esquecendo-se que o disenso jurídico também possui uma natureza teórica;

c) **Crítica à discricionariedade judicial.** Também foi objeto de crítica a teoria de Hart a respeito da discricionariedade judicial, diante dos casos difíceis. **Temos aqui talvez o principal ponto de debate entre os citados autores, especialmente relevante para provas de concursos públicos**. Para Dworkin, o juiz não possui legitimidade democrática para criar um direito novo, nem poderia aplicar aos litigantes uma norma que ainda não existia, por violar o princípio da irretroatividade das normas. Assim, diante de um "hard case", deve o juiz recorrer ao raciocínio político-moral, às diretrizes e princípios, acreditando-se haver apenas **uma resposta correta para cada caso concreto.** Por óbvio tal tese ("one right answer") consiste em uma verdadeira ficção, a ser atingida por um juiz igualmente fictício, ideal – **o "juiz Hércules".**

Diante da crítica de Dworkin, Hart apresenta uma resposta ao seu sucessor de Oxford, publicada após a sua morte, em 1994.

Em termos sintéticos, Hart inicialmente **insiste na utilidade de uma teoria jurídica descritiva e universal**, afirmando ser falho o principialismo de Dworkin. Isso porque "um direito de princípios pode ser mais imoral que um direito de regras", caso, por exemplo, incorpore teorias supremacistas[126]. Assim, não existindo conexão necessária entre direito e conteúdos morais corretos, perde sentido a crítica formulada.

Quanto aos **critérios de identificação do direito** ("regra de conhecimento"), entende Hart que eles podem ser moralmente neutros, mas não precisam sê-lo. Caberá ao sistema jurídico incorporar

[126] CONTRERAS, Francisco José. *La filosofía del derecho en la historia*. 2. ed. Madrid: Tecnos, 2016, p. 354.

critérios morais como parâmetros de aferição da validade jurídica. Tal incorporação, contudo, será sempre algo contingencial, ou seja, convencional, e não uma obrigatoriedade.

Quanto à **discricionariedade judicial**, entende Hart que a crítica de Dworkin parte de uma retórica não sincera. De fato, não é possível conceber os juízos como meros aplicadores de leis, sendo certo que possuem atribuições legislativas. Ocorre que, diante dos casos difíceis ("hard cases"), ainda que venham a se socorrer de princípios e diretrizes, os juízes se valerão, em alguma medida, da discricionariedade. O recurso aos princípios não elimina o aspecto criativo do Direito judicial, devendo ser reconhecida alguma mitigação ao princípio da separação de poderes. Tal discricionariedade, contudo, é bastante limitada pelo próprio Direito. Hart lembra ainda que, nas democracias modernas, é bastante comum a delegação de competências legislativas ao Poder Executivo – por exemplo, por meio de regulamentos administrativos –, sem que isso represente um duro golpe à separação de poderes. De igual forma, uma delegação similar ao Poder Judiciário não deve ser concebida como uma ameaça à democracia[127].

### 4.4.8. O pensamento pós-positivista de Robert Alexy

Na doutrina de Robert Alexy, os princípios podem ser concebidos como **mandamentos de otimização**, é dizer, normas que ordenam algo que deve ser realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. São normas que podem ser cumpridos em diferentes graus, e que a medida devida de seu cumprimento depende não somente das possibilidades jurídicas, mas também das fáticas. Nessa linha, os direitos fundamentais são compreendidos como princípios, que podem entrar em rota de colisão, em determinado caso concreto, nunca se invalidando, mas sim atraindo a técnica da ponderação.

Por seu turno, as regras jurídicas funcionam como **mandamentos de definição**, a serem aplicadas na medida exata de suas prescrições.

---

[127] CONTRERAS, Francisco José. *La filosofía del derecho en la historia*. 2. ed. Madrid: Tecnos, 2016, p. 353-358.

Abstratamente, uma vez em rota de colisão, uma regra acaba por invalidar a outra, não se falando aqui em ponderação.

Somando-se as suas lições com a de outros autores, como Ronald Dworkin, podemos conceber as regras como uma espécie de norma que geralmente não demandam um processo da racionalização mais sofisticado. Já os princípios indicam fins, estados ideais a serem seguidos[128]. As regras seguem a lógica do "tudo ou nada", de modo que, caso as premissas nelas previstas ocorram no mundo dos fatos, devem incidir as regras, ressalvada a hipótese de invalidade. A colisão entre regras é resolvida no plano da validade. O mesmo não ocorre em relação aos princípios, que possuem uma elevada carga valorativa, o que leva à constantes colisões. A colisão entre princípios não é resolvida no plano da validade, mas sim mediante a ponderação.

Diferentemente do que ocorre com as regras, em que o conflito é resolvido mediante a invalidação de uma delas, os princípios em conflito coexistem, com a prevalência episódica de um ou outro num caso concreto. Se os princípios tiverem a mesma hierarquia, certamente os critérios clássicos de hermenêutica serão insuficientes. Atualmente, para resolver episodicamente os conflitos entre princípios, prevalece, à luz do direito constitucional alemão, a estrutura da **ponderação**, que integra o princípio da **proporcionalidade.**

À luz dos ensinamentos de Alexy, a ponderação é uma parte daquilo que é exigido por um princípio mais amplo, qual seja, o princípio da proporcionalidade[129]. Na jurisprudência brasileira, tem prevalecido a aplicação dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade como sinônimos (o Supremo Tribunal Federal aplica os dois indistintamente). O princípio, postulado ou máxima (como trata Robert Alexy) da proporcionalidade não está expresso na Constituição, sendo considerado algo implícito, deduzido de outras normas constitucionais. Um dos exemplos clássicos de sua aplicação se deu no REsp 226436, em que o Superior Tribunal de Justiça admitiu a

128 BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *In:* SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação Constitucional.* São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 283.

129 ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo.* 2. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Avogado, 2008, p. 110.

flexibilização da coisa julgada em ação de reconhecimento de paternidade, em razão do surgimento do exame de DNA.

Pergunta-se: de onde se pode extrair o princípio da proporcionalidade do texto da Constituição? Há, ao menos, três posicionamentos sobre o tema. Numa **primeira linha**, o princípio da proporcionalidade seria extraído do sistema de direitos fundamentais. Numa **segunda linha**, consolidada na Alemanha, o princípio da proporcionalidade seria extraído do princípio do Estado de Direito, que seria incompatível com qualquer arbitrariedade dos Poderes Públicos ou interpretações desproporcionais das normas constitucionais. Por fim, um **terceiro posicionamento**, consolidado no STF, entende que o princípio da proporcionalidade seria extraído da cláusula do devido processo legal em seu caráter substantivo[130].

No que diz respeito às suas **finalidades**, são basicamente dois os propósitos da proporcionalidade.

a) **Proibição do excesso (*Übermassverbot*)** – impede que os Poderes Públicos utilizem medidas além no necessário, excessivamente gravosas à liberdade dos indivíduos;

b) **Proibição de insuficiência (*Untermassverbot*)** – Objetiva impedir que sejam adotadas medidas insuficientes para proteger de forma adequada um determinado direito fundamental.

[130] HABEAS CORPUS. CRIME DE FURTO. DIRETIVAS DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. JUSTIÇA MATERIAL. PONDERABILIDADE NO JUÍZO DE ADEQUAÇÃO TÍPICA DE CONDUTAS FORMALMENTE CRIMINOSAS, PORÉM MATERIALMENTE INSIGNIFICANTES. SIGNIFICÂNCIA PENAL. CONCEITO CONSTITUCIONAL. ORDEM DENEGADA. 1. A norma legal que descreve o delito e comina a respectiva pena atua por modo necessariamente binário, no sentido de que, se, por um lado, consubstancia o poder estatal de interferência na liberdade individual, também se traduz na garantia de que os eventuais arroubos legislativos de irrazoabilidade e desproporcionalidade se expõem a controle jurisdicional. Donde a política criminal-legislativa do Estado sempre comportar mediação judicial, inclusive quanto ao chamado "crime de bagatela" ou "postulado da insignificância penal" da conduta desse ou daquele agente. Com o que o tema da significância penal confirma que o "devido processo legal" a que se reporta a Constituição Federal no inciso LIII do art. 5º é de ser interpretado como um devido processo legal substantivo ou material. Não meramente formal. 2. A insignificância penal expressa um necessário juízo de razoabilidade e proporcionalidade de condutas que, embora formalmente encaixadas no molde legal-punitivo, substancialmente escapam desse encaixe. [...] (STF, HC 110940/MS, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Julgamento: 06/03/2012, Órgão Julgador: Segunda Turma).

Por fim, quanto à sua estrutura e aplicação, a proporcionalidade é composta de três princípios parciais: **o princípio da idoneidade ou adequação, o princípio da necessidade e o da proporcionalidade em sentido estrito.** Como ressalta ALEXY, todos eles expressam a ideia da otimização[131]. Vejamos:

a) **Adequação/pertinência/idoneidade** – A adequação significa a existência de uma relação entre meio e fim, entre a medida utilizada e o resultado almejado. Para que determinada restrição a um princípio constitucional seja adequada, inicialmente o meio utilizado deve ser apto a alcançar o benefício almejado, protegendo-se outro princípio. Não sendo apto o meio, ele não será adequado e, portanto, não será proporcional. "Exclui-se aqui o emprego de meios que prejudiquem a realização de, pelo menos, um princípio, sem, pelo menos, fomentar um dos princípios ou objetivos cuja realização eles devem servir"[132].

b) **Necessidade/exigibilidade/utilidade/menor ingerência possível** – Por este critério, dentre os vários meios existentes para concretizar um princípio em detrimento de outro, deve ser utilizado aquele menos gravoso possível. Nos dizeres de ALEXY, nos princípios da idoneidade e da necessidade trata-se da otimização relativamente às possibilidades fáticas. Imagine-se a situação de um meio ***M***, empregado para fomentar o princípio ***P1, prejudicando-se, com isso, o princípio P2***. Enquanto a adequação exige que o meio ***M*** seja adequado ao fomento do princípio ***P1***, a necessidade "pede, de dois meios, que, em geral, fomentam igualmente ***P1***, escolher aquele que menos intensamente intervém em ***P2***"[133].

---

131 ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo.* 2. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Avogado, 2008, p. 110.

132 ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo.* 2. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Avogado, 2008, p. 110.

133 ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo.* 2. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Avogado, 2008, p. 110.

c) **Proporcionalidade em sentido estrito (fórmula do peso ou lei da ponderação)** – Por fim, nesta última fase da ponderação deve haver um sopesamento entre o custo da medida adotada pelo Poder Público e os benefícios trazidos com sua adoção. A questão aqui reside em saber se o ato praticado, ao realizar o seu objetivo, supera em benefícios a restrição a outros valores constitucionais. A lei da ponderação é assim descrita por ALEXY: "quanto mais alto é o grau de não-cumprimento ou prejuízo de um princípio [*P2*], tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro [*P1*]"[134].

Para uma medida atender ao postulado da proporcionalidade (e, portanto, à lógica do razoável), deverá ser, ao mesmo tempo, adequada, necessária e proporcional em sentido estrito.

Não podemos deixar de registrar, todavia, que a estrutura da ponderação também não está imune a críticas. Dentre os seus principais críticos, destacam-se HABERMAS e SCHLINK, para quem ponderação carece de critérios racionais, efetivando-se, ao final, de forma arbitrária ou irrefletida, fomentando-se o decisionismo.

### 4.4.9. A teoria da ação comunicativa de Jürgen Habermas

JÜRGEN HABERMAS é o responsável pela defesa de uma *democracia deliberativa* e *procedimentalista*[135]. Membro da segunda geração da Escola de Frankfurt, Habermas pode ser situado como um filósofo político da pós-modernidade que se preocupa em estabelecer uma teoria centrada na comunicação, deslocando o potencial emancipatório da razão para o discurso.

Em sua densa construção teórica (em especial nas obras Teoria da Ação Comunicativa e Faticidade e Validade), o autor busca trazer o sistema jurídico como um objeto acessível ao conteúdo normativo

---

[134] ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo.* 2. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Avogado, 2008, p. 111.

[135] Habermas, Jürgen. *Facticidad y validez*. Madrid: Trotta, 1998.

da racionalidade comunicativa[136]. O que nos interessa é centrar as atenções na construção habermasiana que aponta para a possibilidade de legitimação e de reconstrução do sistema jurídico pela via procedimental discursiva[137], a partir de suas *Tanner Lectures on Human Values*, ministradas na Universidade de Harvard, e na subsequente obra Faticidade e Validade (*Faktizität und Geltung*).

Em Habermas, o **procedimento democrático** e os **direitos fundamentais** (assim como **forma e conteúdo**, **esfera pública e privada**, **direito e moral**) são elementos **cooriginários e equiprimordiais**, esferas complementares, não se podendo concebê-los um sem o outro. Essa é a relação entre a facticidade e a validade (entre o mundo dos fatos e o da legitimidade/valores), duas faces do direito que surgem de forma cooriginal.

A equiprimordialidade (ou cooriginalidade) entre as esferas pública (domínio da cidadania) e privada (domínio particular/doméstico) merece forte atenção aqui. Isso porque o autor pretende fazer uma síntese entre as duas tradições democráticas – liberal (com nascedouro em Hobbes) e republicana (com origem em Rousseau) –, encontrando-se na exata metade. Em termos teóricos, não se defende exclusivamente a prevalência dos direitos fundamentais negativos, a exemplo dos liberais, que enxergavam uma autonomia privada bem delimitada e separada da autonomia pública. Tampouco se defende puramente o procedimento democrático, como faziam os republicanos, que, na origem rousseauniana, não enxergavam a dualidade das autonomias pública e privada. Para Habermas, não há uma contraposição entre as duas tradições: elas se complementam, em uma relação de pressuposição recíproca.

Consequentemente, a dicotomia entre Estado/indivíduo resta comprometida, como ressalta Felipe Faria de Oliveira:

> Com o reconhecimento de uma equiprimordialidade entre as esferas pública e privada, são esquecidas todas as velhas ideias antes ventiladas de submissão de um ator social (Estado e/ou indivíduo) em benefício de

---

[136] PAULO NETO. Alberto. *A relação entre direito e moral em Habermas*: a análise preliminar a *FAKTIZITÄT UND GELTUNG*. Disponível em: https://periodicos.ufrn.br/principios/article/view/10265. Acesso em: 9 fev. 2017.

[137] Habermas, Jürgen. *Facticidad y validez*. Trad. livre. Madrid: Trotta, 1998, p. 150.

> outro. Consequentemente, também a oposição entre Estado e sociedade sofre uma determinante desconstrução. Afinal, particular e Estado, agora de mãos dadas, detêm não apenas a mesma importância, mas também (por que não dizer?) os mesmos anseios! Afinal, a construção da vontade estatal passa pela atuação participativa dos particulares envoltos em suas vontades, fazendo com que o diálogo entre Estado e sociedade se torne intenso.[138]

Tal pensamento repercutirá no direito: para Habermas, uma ordem jurídica é legítima na medida em que assegura a autonomia privada e a autonomia cidadã de seus membros, pois ambas são cooriginárias.

Assim, a autolegislação democrática é legitimamente garantida por uma democracia procedimental e uma política deliberativa, que aponta para uma fundamentação discursiva para as normas e valores. Em outras palavras: a produção do direito extrai sua legitimidade a partir de um modelo procedimental discursivo, de caráter imparcial, que, por sua vez, pressupõe as pessoas como titulares de direitos fundamentais (a configurar uma relação circular)[139]. E isso se faz a partir de um equilíbrio entre autonomia pública e autonomia privada (numa tentativa de conciliar liberais e republicanos)[140].

A legitimação do direito parte de uma importante consideração: "a ideia de autolegislação do cidadão exige que aqueles que estão submetidos ao direito como destinatários seus podem entender-se como autores do direito"[141]. Para tanto, faz-se necessária a presença de direitos fundamentais que outorguem às pessoas em geral a possibilidade de participação com igualdade de oportunidades em processos de formação da opinião e da vontade geral, por meio dos quais os cidadãos exerçam sua autonomia política para a construção de um direito legítimo[142].

---

[138] OLIVEIRA, Felipe Faria de. A interpretação e construção do Direito na ótica de Jürgen Habermas: Novos paradigmas para a atuação do Ministério Público. *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, edição 22, 2011.

[139] Habermas, Jürgen. *Facticidad y validez*. Madrid: Trotta, 1998, p. 147.

[140] Habermas, Jürgen. *Facticidad y validez*. Madrid: Trotta, 1998, p. 157.

[141] Habermas, Jürgen. *Facticidad y validez*. Trad. livre. Madrid: Trotta, 1998, p. 149.

[142] Habermas, Jürgen. *Facticidad y validez*. Madrid: Trotta, 1998, p. 152.

### 4.4.10. O utilitarismo e a análise econômica do direito (*law and economics*)

O utilitarismo é uma corrente filosófica do século XIX. Ele remonta aos escritos de autores como Jeremy Bentham (1748-1832) e John Stuart Mill (1806-1873), ambos ingleses. Esses autores foram os primeiros a sistematizar o princípio da utilidade, de modo a aplica-lo a questões morais e jurídicas concretas, preocupando-se sobretudo com as consequências das ações humanas.

Embora existam variadas formas de concebê-lo, o utilitarismo pode ser razoavelmente definido como a corrente ética que compreende a ação moralmente correta como aquela que produz o melhor benefício (ou utilidade). Cuida-se de uma forma de consequencialismo: a ação correta é entendida em termos das consequências produzidas. Não se trata, porém, de uma redução ao egoísmo. Para o utilitarismo, é preciso maximizar o bem geral, ou seja, considerar o bem dos outros, bem como o próprio bem.

Os utilitaristas clássicos, Jeremy Bentham e John Stuart Mill, identificaram o bem com prazer; assim, como Epicuro, eram hedonistas sobre o valor. Assim, devemos maximizar o bem, ou seja, gerar a maior quantidade de bem para o maior número.

O utilitarismo também tem como característica a imparcialidade e neutralidade do agente, o que também o distingue do egoísmo. É dizer, a felicidade de todos conta o mesmo. A maximização da felicidade deve ser analisada de forma imparcial: a razão pela qual alguém tem que promover o bem geral é a mesma que qualquer outra pessoa tem para promover o bem[143].

É possível dizer que a filosofia utilitarista é o berço – ou antecedente remoto – da análise econômica do direito.

Em termos gerais, conforme descrito pela Enciclopédia de Filosofia da Universidade de Stanford[144], a análise econômica do direito (AED) consiste em um ramo do conhecimento que aplica as ferramentas da teoria microeconômica ao exame de normas e instituições jurídicas.

---

[143] Cf. https://plato.stanford.edu/entries/utilitarianism-history/

[144] Cf. https://plato.stanford.edu/entries/legal-econanalysis/.

Entre outros aspectos, ela se preocupa com a **eficiência** da norma jurídica, testando, de forma empírica, se os objetivos pretendidos pelo legislador são atingidos, razão pela qual muitos autores não a concebem como uma verdadeira Teoria do Direito, mas sim um conjunto metodológico com objeto delimitado.

A AED propõe, assim, uma releitura do direito sob um novo prisma, fazendo uso de métodos econômicos, o que tem sido considerado uma das mais influentes correntes das ciências sociais dos últimos tempos.

De forma bastante sintética, a clássica AED é construída a partir de dois pilares. O primeiro é o **postulado da escolha racional**, que reconhece que os seres humanos, em grande medida, fazem escolhas racionais a partir de incentivos, considerando os custos e os proveitos (as utilidades) de cada opção. O segundo pilar é **a constatação de que os direitos possuem custos, de modo que, em situações de escassez, toda decisão alocativa será também desalocativa.**

É importante não confundir o direito econômico com a análise econômica do direito. O primeiro consiste em um ramo da ciência jurídica, normalmente ensinado de maneira dogmática e descritiva, tendo por objeto a disciplina jurídica da ordem (ou política) econômica (regulação, intervenção, concorrência, monopólios, oligopólios etc.). A AED, por seu torno, é mais ampla, uma teoria que propõe a compreensão do fenômeno jurídico em seus variados ramos, aplicando-se ao direito civil, direito penal, processual etc. Ela não se limita a abordar aspectos econômicos em sentido estrito (mercado, comércio, intervenção econômica, concorrência etc.)[145].

Também não se confunde a AED com o cientificismo jurídico. Ela não se ocupa da pretensão de "transformar" o direito em "uma ciência", algo que, em realidade, remontaria ao positivismo jurídico e sequer tem cabimento na epistemologia contemporânea (que reconhece a convivência entre inúmeros métodos científicos). Tampouco a AED pretende a aplicação de um único método ao direito.

---

[145] MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. Análise Econômica do Direito. Tradução de Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 8.

Não existe uma única AED, mas sim um conjunto de projetos que compartilham uma abordagem metodológica. A típica análise econômica não objetiva construir uma teoria jurídica geral, sequer se interessando pela natureza do direito. Em vez disso, aborda uma questão específica sobre as causas, consequências ou valor social de uma norma específica ou conjunto de normas. Dito de outra forma, a típica análise econômica investiga uma norma ou instituição jurídica específica, em vez de fazer afirmações filosóficas sobre a natureza da lei.

A análise econômica do direito remonta a Maquiavel, Hobbes e Locke, que já recorriam à economia para compreender o fenômeno jurídico. O movimento atual, contudo, cientificamente organizado, tem origem nos Estados Unidos. A corrente é comumente associada a dois importantes antecedentes: o **imperialismo econômico** (que, desde 1950, já fazia uso da economia para abordar relações sociais fora do mercado) e o **realismo jurídico**, corrente que se manifestou entre as duas guerras e que enxergava a sociologia e a economia não como disciplinas conexas, mas sim integrantes do direito[146].

Sob o aspecto histórico, a AED costuma ser analisada a partir de 4 (quatro) fases[147]:

**Fase 1: surgimento entre os economistas (1957-1972)** – Cuida-se do período inicialmente marcado pelas contribuições de Downs e Becker (1957), que se utilizaram de métodos econômicos para tratar de temas como a democracia e a discriminação. Em 1958, a Universidade de Chicago lança o *Journal of Law and Economics* (que see tornará uma das maiores referências no tema), tendo como ponto de partida artigo de Ronald Coase sobre o custo social (1960). Esse trabalho foi tão expressivo que lhe valeu a conquista do prêmio Nobel de 1991. Também ganham destaque os trabalhos de Guido Calabresi sobre os acidentes e responsabilidade civil. Com algumas exceções (a exemplo do próprio Calabresi), esse período foi marcado pela intensa produção de conhecimento por parte de economistas.

---

[146] MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. Análise Econômica do Direito. Tradução de Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 8.

[147] MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. Análise Econômica do Direito. Tradução de Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 9-16.

**Fase 2: a aceitação do paradigma pelo direito (1972-1980)** – Em um segundo momento, teoria econômica do direito passou a atrair atenções também dos juristas, com destaque para a obra *The Cost of Accidents*, de Guido Galabresi (1971), e a aparição de um autor extremamente relevante: RICHARD POSNER, com sua obra *Economic Analysis of Law* (1972). A partir sobretudo das ideias de Posner, as faculdades de direito americanas realizam uma série de seminários e internalizam o tema da AED aos seus currículos, difundindo o pensamento dos seus principais autores.

**Fase 3: debate sobre os fundamentos (1980-1982)** – A partir dos anos 80, a AED sofre uma série de questionamentos e críticas, em especial no que concerne ao seu objeto e o seu posicionamento no campo da ciência jurídica. O questionamento central pode ser assim resumido: a atribuição de direitos deve partir de considerações a respeito da eficácia das normas ou é necessário resguardar certos direitos fundamentais a qualquer custo?

Para melhor explicar esse questionamento, tomemos o exemplo do salário mínimo. Sabemos que, de acordo com o art. 7º, IV, da Constituição de 1988, é direito de todo trabalhador o recebimento de salário mínimo nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social. Cuida-se de direito amplamente reconhecido em muitos países. Imagine-se, porém, que uma pesquisa empírica hipotética chegue à seguinte conclusão: no longo prazo, a fixação do salário mínimo acima de um determinado valor conduz à redução dos postos de trabalho. A generosa intenção de ajudar os mais pobres resultará na demissão de trabalhadores, mantendo-se apenas a contratação de alguns poucos, com maiores qualificações. Pergunta-se: chegando-se a tal conclusão, o ideal seria abrir mão do salário mínimo, ou tal instituto consistiria em um inafastável direito fundamental?

Tomemos outro exemplo: o direito fundamental à saúde, previsto na Constituição de forma ampla, sem restrições relativas às condições econômicas das pessoas. É possível (e bastante comum) que uma pessoa específica se valha de um processo individual objetivando o acesso a determinado tratamento ou medicamento. A prática forense

revela, ainda, ser quase que irrecusável uma medida liminar pleiteada por alguém que se encontra no leito de morte e necessita de determinado tratamento, ainda que não sejam tão verossímeis as alegações.

Mas há um porém: comenta Daniel Sarmento, com base nas conclusões da pesquisa estatística coordenada por Virgílio Afonso da Silva, que, apesar de todos os avanços reconhecidos no campo do acesso à justiça, o principal "usuário" do Poder Judiciário brasileiro, nas questões relacionadas com direitos sociais, continua sendo a classe média[148]. Assim sendo, partindo-se do pressuposto de que, em situações de escassez, as decisões alocativas de recursos são também desalocativas, a via das ações individuais gera uma inevitável drenagem dos recursos que seriam destinados às políticas públicas, transferindo-os para a classe média. Uma única ação de um paciente postulando um caro tratamento de saúde pode comprometer toda a campanha de vacinação de um determinado município, o que aprofunda ainda mais as desigualdades sociais no Brasil.

Pergunta-se: partindo-se de tal constatação a respeito da eficácia da norma constitucional que consagra o direito fundamental à saúde, não seria o caso de repensar o seu conteúdo?

**Fase 4: o movimento ampliado (pós-1982)** – Por fim, o desenvolvimento da AED após 1982 conduziu ao surgimento de outras escolas de pensamento para além da tradicional Escola de Chicago. É o caso da Escola Austríaca (**Menger, Schumpeter, Von Mises, Hayek** etc.), bem como do surgimento de correntes associadas ao tema da economia comportamental. Atualmente, a AED é tema que atrai as atenções de inúmeras instituições de ensino em todo o mundo, inclusive o Brasil.

## 5. QUESTÕES DE CONCURSO

**XLII Concurso Público para Provimento de Cargos de Juiz de Direito Substituto da Justiça do Distrito Federal**

[148] SARMENTO, Daniel. *Por um constitucionalismo inclusivo*: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 212.

*Questão 10 – Noções Gerais de Direito e Formação Humanística*
*Explique o que se entende por "Teoria do Mínimo Ético", abordando especialmente os seguintes aspectos:*

*a) Qual sua importância para a filosofia do direito;*

*b) Quais as principais críticas que se fazem a essa teoria;*

*c) Qual ou quais teorias representam alternativas viáveis à Teoria do Mínimo Ético e as razões pelas quais dela se diferenciam.*

*d) Fazer opção crítica pela teoria que entende mais adequada, explicitando os motivos que o levam a assim decidir.*

**RESPOSTA:**

A resposta a essa questão pode ser encontrada nas explicações no tópico 2.5, que cuida da relação existente entre direito e moral. Caberia ao candidato, inicialmente, explicar a teoria do mínimo ético, explicando a sua importância à filosofia do direito, ao reaproximar direito e moral. Em seguida, o candidato deveria explicar as críticas feitas à ideia da moral como algo que abrange o direito, numa relação de círculos concêntricos, apresentando a teoria dos círculos secantes. Por fim, o candidato deveria fazer a defesa da teoria que entende mais adequada, fundamentando seu ponto de vista.

## FGV – TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS – JUIZ SUSBTITUTO DE CARREIRA

**ENUNCIADO DA QUESTÃO 25**

*"...porque o equitativo, embora superior a uma espécie de justiça, é justo, e não é como coisa de classe diferente que é melhor do que o justo. A mesma coisa, pois, é justa e equitativa, e, embora ambos sejam bons, o equitativo é superior."*

*(Aristóteles. Ética a Nicômaco. 1137b 5-10. In Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 336)*

*Explique a relação entre justiça, legalidade e equidade, segundo Aristóteles.*

## GABARITO DA QUESTÃO 25 – PADRÃO DE RESPOSTA[149]

*Conforme exposto por Aristóteles na obra Ética a Nicômaco, a Justiça se realiza como uma relação de legalidade e de igualdade. Como, em certos casos, a generalidade da lei impede ou dificulta a realização da justiça, aquele que decide no caso concreto deve considerar a singularidade do caso e de seus agentes para tomar a decisão mais justa no contexto daquele caso. Para isso deve tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, visando manter a igualdade que produz a justiça.*

*A resposta, para ser considerada correta, deveria essencialmente apresentar que para Aristóteles, conforme exposto na obra Ética a Nicômaco, a Justiça se realiza como uma relação de legalidade e de igualdade. Como, em certos casos, a generalidade da lei impede ou dificulta a realização da justiça, aquele que decide no caso concreto deve considerar a singularidade do caso e de seus agentes para tomar a decisão mais justa no contexto daquele caso concreto. Para isso deve tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, visando manter a igualdade que produz a justiça.*

## XXVI Concurso Público para Provimento de Cargo de Juiz do Trabalho Substituto do TRT da 15ª Região:

*Discorra sobre hermenêutica. Aplicação de normas e de princípios constitucionais e a atuação do juiz trabalhista. Dê 2 (dois) exemplos concretos: um referente à interpretação e aplicação de normas e outro à interpretação e aplicação de princípios constitucionais, apresentando os respectivos fundamentos.*

## TJ-SP – 187º CONCURSO DE INGRESSO NA MAGISTRATURA – PRIMEIRA PROVA ESCRITA (27/08/2017)

[149] Cf. http://fgvprojetos.fgv.br/sites/fgvprojetos.fgv.br/files/concursos/nocoes_gerais_de_direito_e_formacao_humanistica_24_25.pdf.

## ENUNCIADO

*Disserte sobre o tema – Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e igualdade – justificando todos os tópicos desta proposta, considerando:*

*1. Teoria da Constituição Procedimental e Teoria da Constituição Dirigente:*

*1.1. Positivismo, pós-positivismo e sistema constitucional aberto:*

*1.1.1. Normas-regra (preceituais);*

*1.1.2. Normas-princípio (axiológicas).*

*2. O devido processo legal material e os direitos fundamentais: a limitação da discricionariedade legislativa;*

*3. As novas dimensões da igualdade:*

*3.1. Ações afirmativas e discriminações benignas;*

*3.2. O Juiz, a igualdade e as promessas não cumpridas da Constituição Federal (as normas-fim do Estado Democrático e Social do Direito e a dimensão ético-humanista da função jurisdicional).*

*Obs: No desenvolvimento da dissertação, o candidato deverá levar em consideração rigorosamente os itens e subitens, de acordo com a ordem proposta.*

## PADRÃO DE RESPOSTA[150]

*"É de ser ressaltado que, em se tratando de dissertação, o que se esperava do candidato era arrazoar sobre o tema, fundamentando o seu entendimento este respeito.*

*Desta maneira, a simples e desmotivada anotação, a mera repetição de citações, mesmo que corretas, não constituem uma dissertação.*

*No que concerne ao neoconstitucionalismo, esperavam-se alusão às críticas e avaliação de ambas as posições, tanto dos que o defendem como dos que dele discordam.*

*O mesmo ocorre com a constituição dirigente. O que afirmam os doutrinadores que aludem ser este conceito ultrapassado? Não houve este questionamento. Esperava-se maior espírito crítico. Foi possível observar, na grande maioria das provas, o aproveitamento*

[150] Cf. http://www.tjsp.jus.br/Segmento/Magistrados/Noticia?codigoNoticia=49707&pagina=1.

*de conceitos e a citação de autores já previamente conhecidos, sem qualquer acréscimo ou mesmo abordagem diversa daquela já reconhecida. Houve a aplicação simples do texto doutrinário, situação esta presente inclusive nas melhores provas.*

*O que se notou foi a simples aplicação de fórmulas previamente estudadas. Os candidatos deveriam ter uma postura crítica e não apenas repetir, de maneira geral, as mesmas afirmações, tais como o fato de o positivismo ter sido utilizado para justificar as barbaridades da Segunda Grande Guerra ou ser a constituição dirigente passo fundamental para garantia de direitos. Aludir ser o Brasil país que sofre com as desigualdades, tal como afirmado por Caio Prado Jr. e Raimundo Faoro, mesmo admitindo-se esta circunstância, é insuficiente, se a citação vem desacompanhada de seu aprofundamento. Estas são as observações a serem apresentadas acerca do que se pretendia com a proposição do tema".*

## TJ-PA (2015) – PROVA ORAL

## QUESTIONAMENTO

*Diferencie o pensamento de Hans Kelsen, Hart e Dworkin*

**RESPOSTA:**

Todo o conteúdo questionado foi objeto do ponto 4.4.7 do presente capítulo, a que se remete o leitor. O candidato deveria tratar do embate entre os dois autores, no que concerne à superação do positivismo jurídico

# TEORIA GERAL DO DIREITO E DA POLÍTICA

**Sumário** • 1. Direito objetivo e direito subjetivo. 2. Fontes do Direito objetivo. 2.1. Aspectos gerais. 2.2. Princípios gerais de Direito. 2.3. Jurisprudência. 2.4. Súmula vinculante. 3. Eficácia da lei no tempo. 3.1. Conflito de normas jurídicas no tempo e o Direito brasileiro. 3.2. Direito Penal. 3.3. Direito Civil. 3.4. Direito Constitucional. 3.5. Direito do Trabalho. 4. O conceito de Política. 4.1. Aspectos gerais. 4.2. Política e Direito. 4.3. Política e Ética. 5. Ideologias. 6. A Declaração Universal dos Direitos do Homem. 7. Questões de concurso.

## 1. DIREITO OBJETIVO E DIREITO SUBJETIVO

A contraposição entre as ideias de direito **objetivo** e direito **subjetivo** é algo bastante antigo, estando diretamente relacionada com o desenvolvimento da noção de liberdade. Como ressalta Ricardo Maurício Freire Soares, "as liberdades modernas, positiva e negativa, serviram como núcleo para o reconhecimento de direitos subjetivos, tidos como direitos naturais, os quais não poderiam ser elididas pelo Estado"[1].

---

[1] SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Elementos de teoria geral do direito* , 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 96.

De fato, o **direito objetivo** (*norma agendi*) pode ser sumariamente traduzido como o **direito posto, a ordem jurídica de onde se extraem todas as normas objetivamente consideradas**, oriundas da atividade legislativa. Aqui, **direito é norma.**

O **direito subjetivo,** por sua vez, demanda uma análise um pouco mais complexa, decorrendo da aplicação do direito objetivo a uma **situação concreta.** Segundo Caio Mario, o direito subjetivo consiste no poder de ação contido na norma, ou seja, a **faculdade** de exercer, em favor do indivíduo, o comando emanado do Estado[2]. Muitas teorias surgiram na tentativa de conceituá-lo precisamente. Em linhas gerais, é possível dividi-las em **teoria da vontade**, **teoria do interesse protegido** e **teoria mista.**

Para a primeira (**teoria da vontade**), capitaneada por **Windscheid**, a vontade do sujeito é o elemento essencial e característico do direito subjetivo, definido como ***poder de vontade***. De maneira sintética, aqui o direito subjetivo é concebido como o poder originário da vontade humana, reconhecido pela ordem jurídica.

Em contraposição a esta, **Ihering** cria a **teoria do interesse**, cuja tese fundamental reside na substituição da *vontade* pelo ***interesse*** juridicamente protegido. O direito subjetivo seria, então, composto por um elemento substancial – o interesse – e outro formal –, a proteção jurídica, representada pela ação.

Por fim, a partir do confronto entre estas duas teorias, surge a **teoria mista**, defendida por **Jellinek**, **Saleilles** e **Michoud**, para quem o direito subjetivo consistiria no interesse de uma pessoa ou de um grupo de pessoas, juridicamente protegido, por meio do poder reconhecido a uma vontade para representá-lo ou defendê-lo[3].

Os direitos subjetivos costumam ser divididos em duas categorias: **absolutos** e **relativos.** Absolutos são aqueles que configuram situações jurídicas aptas a serem exercidas contra um sujeito passivo indeterminado, com eficácia ***erga omnes***. É o caso do direito de

---

[2] PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de Direito Civil. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. I. p. 14.

[3] MICHOUD *apud* MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 26ª ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2005, p. 514.

propriedade que uma pessoa tenha sobre seu imóvel. Os direitos subjetivos **relativos**, por sua vez, são aqueles exercidos contra um sujeito passivo determinado, com eficácia *inter partes*. Como exemplo, podemos citar um direito de crédito exercido pelo credor contra o seu devedor.

Firmadas as bases do direito subjetivo, é possível (e notório) dizer que, uma vez violado um interesse juridicamente tutelado e passível de ser exigido, contraria-se o ordenamento como um todo, na medida em que se frustram suas previsões normativas.

## 2. FONTES DO DIREITO OBJETIVO

A teoria das fontes do Direito é um dos temas mais complexos da Teoria do Direito, exigindo um profundo conhecimento da história das tradições jurídicas. Para fins "concursais", todavia, é necessário um conhecimento mais superficial sobre o tema, em especial o domínio de alguns conceitos básicos. É o que faremos a seguir.

### 2.1. Aspectos gerais

O estudo das fontes do Direito objetivo, em realidade, consiste na análise das **espécies de normas jurídicas existes.** Falar em fonte do Direito objetivo é, em suma, perquirir a origem do fenômeno jurídico. Em outras palavras, é dizer de forma as normas jurídicas se manifestam.

Classicamente, a doutrina costuma tratar da expressão "fontes do direito" em duas amplas concepções: **material** e **formal.** As fontes materiais consistem nos "elementos econômicos, políticos e ideológicos que perfazem dada realidade social, interferindo na produção, interpretação e aplicação da normatividade jurídica, visto que tais elementos sociais oferecem a matéria-prima para a confecção normativa do sistema jurídico"[4].

[4] SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Elementos de teoria geral do direito* , 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 63.

Por sua vez, as fontes formais "correspondem aos modos de surgimento e de manifestação da normatividade jurídica propriamente dita, mediante os quais o jurista reconhece e descreve o fenômeno jurídico, por meio da positivação institucional dos elementos econômicos, políticos e ideológicos que compõem a estrutura geral de uma sociedade e influenciam o sistema jurídico"[5]. São, portanto, as estruturas que dão forma ao Direito, a exemplo da lei.

Com efeito, as fontes do Direito passaram por uma nova compreensão, a partir do fenômeno conhecido como neoconstitucionalismo.

A origem do termo "neoconstitucionalismo" tem sido associada a alguns expoentes da Escola de Gênova, indicando uma nova perspectiva de olhar e discutir o direito, em suas dimensões ontológica, fenomenológica e epistemológica, ou seja, suas formas de aplicação, identificação e cognição[6].

De maneira mais precisa, três são os sentidos em que o termo pode ser utilizado:

**a)** como referência a sistemas jurídicos caracterizados pela existência de um catálogo constitucional expresso de direitos fundamentais, suplementado por uma variedade de dispositivos legais destinados a garantir a sua implementação e proteção;

**b)** como referência a um novo paradigma de cognição e aplicação do direito;

**c)** como referência a um modelo axiológico-normativo ideal do direito, para o qual o direito positivo deveria tender[7].

Não se desconhecem as críticas feitas aos termos "neoconstitucionalismo" e "pós-positivismo". Ambos são demasiadamente vagos e ambíguos. Apesar disso, são reconhecidas premissas comuns, a

[5] SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Elementos de teoria geral do direito* , 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 64.

[6] MAZZARESE, Tecla. Towards a positivist reading of neo-constitutionalism. *Associations*, v. 6, n. 2, p. 233-260, 2002. Disponível em: http://www.juragentium.org/topics/rights/en/mazzares.htm. Acesso em: 27 jan. 2013.

[7] MAZZARESE, Tecla. Towards a positivist reading of neo-constitutionalism. *Associations*, v. 6, n. 2, p. 233-260, 2002. Disponível em: http://www.juragentium.org/topics/rights/en/mazzares.htm. Acesso em: 27 jan. 2013.

partir das teorias trazidas por autores como Robert Alexy, Gustavo Zagrebolsky, Ronald Dworkin e Carlos Nino, nas últimas décadas[8]. Embora não seja abordado com a mesma importância na Alemanha ou nos Estados Unidos, o tema é objeto de pauta de muitos autores na Itália e Espanha, o que atraiu a doutrina brasileira, sobretudo a partir da divulgação da obra "Neoconstitucionalismo(s)", organizada por Miguel Carbonell, jurista mexicano[9].

Em síntese, cuida-se de um pensamento difuso, caracterizado por discursos antipositivistas, contrários à supremacia da lei, que defendem a sua subordinação formal e material à Constituição. É também marcado pelo repúdio à separação entre direito e moral, cabendo à Constituição albergar os valores que servem de base aos princípios materiais a serem seguidos pelo legislador. Este mesmo diploma passa a ser dotado de uma força invasiva geral, constituindo um valor em si[10].

A gênese do neoconstitucionalismo está associada ao papel proeminente assumido pelos direitos fundamentais desde o final da Segunda Guerra, no âmbito dos sistemas jurídicos internos dos Estados e também do Direito Internacional dos Direitos Humanos[11]. De fato, é inegável a crescente centralidade jurídica e política da tutela dos direitos fundamentais, a partir da segunda metade do século XX. Ao fim da Segunda Guerra, o tema ingressou na agenda internacional, culminando na elaboração da Carta da ONU e da Declaração Universal dos Direitos do Homem. No âmbito interno, diversos países passaram a adotar um modelo constitucional centrado nos direitos fundamentais, destacando-se, inicialmente, Itália e Alemanha.

---

[8] PASSOS, J. J. Calmon de. *Revisitando o direito, o poder, a justiça e o processo*: reflexões de um jurista que trafega na contramão. Salvador: JusPODIVM, 2012, p. 172.

[9] CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009.

[10] CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009, p. 172.

[11] Como ressalta Daniel Sarmento, "até a Segunda Guerra Mundial, prevalecia no velho continente uma cultura juridical essencialmente legicêntrica, que tratava a lei editada pelo parlamento como a fonte principal – quase como a fonte exclusive – do Direito, e não atribuía força normative às constituições" (SARMENTO, Daniel. *Por um constitucionalismo inclusivo*: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 237).

No Brasil, como afirma a doutrina, o fenômeno começou a se desenvolver tardiamente, sobretudo após a promulgação da Constituição Federal de 1988. Muito embora já existisse, desde a Constituição de 1891, o controle de constitucionalidade no país, a cultura jurídica em geral não concebia os princípios constitucionais como algo dotado de força normativa, em especial suas normas programáticas, consistindo, até então, em meras declarações sem imperatividade. Não se quer dizer com isso que a Constituição era concebida como um estatuto de menor valor, mas sim que diversas disposições suas eram concebidas como meras diretrizes, sem carga normativa.

Todas as mudanças que se sucederam nessa nova forma de pensar têm origem na importância atribuída aos direitos fundamentais, objetivando estabelecer mecanismos para a sua implementação e proteção. A partir de tal preocupação, surge uma crescente demanda por reformas nos campos da identificação, aplicação e cognição do direito.

Como sintetiza **Humberto Ávila**, especialmente em razão das contribuições jurídico-filosóficas de **Ronald Dworkin** e **Robert Alexy**, o neoconstitucionalismo, fundado na ideologia pós-positivista, foi responsável por diversas mudanças estruturais do sistema jurídico, destacando-se: **princípios em vez de regras**; ponderação no lugar de subsunção; justiça particular em vez de justiça geral; Poder Judiciário em vez dos Poderes Legislativo ou Executivo; Constituição em substituição à lei (ou maior ou direta aplicação da Constituição em vez da lei).[12]

Dentre as variadas mudanças do pensamento jurídico que se sucederam nas últimas décadas, merecem destaque aquelas que afetaram diretamente a Ciência do Direito Constitucional, a Teoria da Norma e a Hermenêutica Jurídica.

No campo do Direito Constitucional, três são as principais mudanças, como destaca **Fredie Didier Jr.**:

---

[12] ÁVILA, Humberto. "Neoconstitucionalismo": entre a "ciência do direito" e o "direito da ciência". *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, n. 17, jan./fev./mar. 2009. Disponível em: http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-17-JANEIRO-2009--HUMBERTO%20AVILA.pdf. Acesso em: 26 jan. 2013.

a) reconhecimento da força normativa da Constituição, que passa a ser concebida como principal veículo normativo do sistema jurídico, havendo a **transição de um modelo de Estado fundado na lei para um modelo de Estado fundado na Constituição (Estado Constitucional)**[13];

b) expansão e consagração dos direitos fundamentais, sob as dimensões subjetiva (situações jurídicas de vantagem) e objetiva (normas que orientam a produção de outras normas);

c) expansão e desenvolvimento da jurisdição constitucional, através de técnicas de controle de constitucionalidade[14].

No âmbito da teoria da norma, o neoconstitucionalismo é responsável, dentre outras mudanças, pela **afirmação da natureza jurídica normativa dos princípios jurídicos, ao lado das regras, pelo desenvolvimento da técnica legislativa das cláusulas gerais e pela reconfiguração do papel da jurisprudência como fonte do direito**[15].

No âmbito da hermenêutica jurídica, consagra-se a denominada "nova interpretação constitucional", que se liga ao desenvolvimento de "algumas fórmulas originais de realização da vontade da Constituição"[16]. Tal transformação não resulta no abandono do método clássico (subsuntivo), típico da aplicação das regras jurídicas, nem mesmo dos elementos tradicionais já consagrados (gramatical, histórico, sistemático e teleológico). Ao revés, sem excluí-los, acrescenta a crença de que "as cláusulas constitucionais, por seu conteúdo aberto, principiológico e extremamente dependente da realidade subjacente, não se prestam

[13] Neste aspecto, verifica-se que a ideia sobre o papel da Constituição no continente europeu passou a se aproximar mais da noção que existe nos Estados Unidos desde a formação do seu sistema jurídico, no início do constitucionalismo clássico. O controle de constitucionalidade norte-americano, embora não esteja expressamente previsto na sua Constituição, já havia sido tratado por Alexander Hamilton, antes mesmo da sua aprovação, no Federalista n. 78.

[14] DIDIER JR., Fredie. A Reconstrução da Teoria Geral do Processo. In: DIDIER JR., Fredie (coord.). *Reconstruindo a Teoria Geral do Processo*. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 28.

[15] DIDIER JR., Fredie. A Reconstrução da Teoria Geral do Processo. In: DIDIER JR., Fredie (coord.). *Reconstruindo a Teoria Geral do Processo*. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 30.

[16] BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 347.

ao sentido unívoco e objetivo que uma certa tradição exegética lhes pretende dar"[17]. É reconhecida, portanto, a natureza criativa da interpretação e aplicação do direito, atribuindo-se ao intérprete uma postura ativa (e, consequentemente, responsável). A partir de tais constatações, desenvolveram-se diversas mudanças, a exemplo da consagração dos postulados da proporcionalidade e da razoabilidade, bem como da distinção dos conceitos de texto e norma jurídica, sendo esta concebida como o produto da interpretação daquele.

## 2.2. Princípios gerais de Direito

Definir o que se entende por princípio é o primeiro passo, para que então possamos bem compreender os chamados "princípios gerais do direito". A expressão é prevista, dentre outros diplomas, no art. 4º do Decreto-lei n. 4.657/1942, a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB).

Em tal diploma, os princípios gerais do direito operam como espécie de técnica para a **integração**, ou seja, como recurso a ser aplicado nas hipóteses de **lacuna (omissão) legislativa:** "art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito". Tal disposição é claramente ultrapassada, descolada da atual Teoria Geral do Direito, por um motivo bem simples: os princípios não devem ser compreendidos como uma técnica subsidiária, aplicável apenas às hipóteses de omissão legal. De forma alguma. Não existe hierarquia entre **princípios** e **regras**, de modo que, mesmo estando determinada situação expressamente regulada pela lei, é possível que uma decisão **justa** resulte do afastamento da regra, em valorização do princípio.

E o que se entende por princípio? Eis o questionamento original. Muito já discutiu (e se discute), na doutrina, sobre a adequada compreensão dos princípios jurídicos, tratando-se de algo cujo conceito é ainda indefinido. **De uma forma geral**, é possível entender os princípios como **as normas fundantes e nucleares do sistema**

[17] BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 348.

**(as linhas mestras do sistema jurídico)**. Nessa ótica, eles consistem no mandamento nuclear de um determinado sistema", "o alicerce do sistema jurídico"[18]. É em tal sentido que devem ser compreendidos os "princípios gerais do direito".

Como explicam Abboud, Carno e Oliveira, a utilização do conceito de princípio para se referir à ideia de princípios gerais do direito remonta ao século XIX e à formação dos sistemas codificados de direito privado – em especial o Código Civil francês de 1804 e o Código Civil alemão, de 1900[19]. Cuidava-se de um recurso forjado para o fim de resolver as "lacunas aparentes" do Direito privado, em um momento histórico em que se defendia o ideal de máxima completude das codificações. Assim sendo, os princípios gerais do direito funcionavam como uma espécie de "apelo à razão", extraídos dos postulados racionais implícitos pelo sistema codificado. É justamente aí que reside o atraso do art. 4º da LINDB, ao reproduzir uma ideia de um momento histórico cuja teorização já não mais encontra sustentação.

Para os fins da presente obra, todavia, é preciso atentar: tradicionalmente, a expressão "princípios gerais do direito" aponta para as normas implícitas, fundantes e nucleares do sistema, destinados a resolver uma situação concreta aparentemente não contemplada pelas regras jurídicas vigentes.

A grande dificuldade consiste em definir quais seriam os princípios gerais do direito. A título exemplificativo, Arthur Kaufmann elenca ao menos seis princípios gerais do direito:

> 1) *princípio do* suum cuique tribuere (Cícero), significa dar a cada um o que é seu. Assim, cada um tem o direito de levar uma ida conforme as suas características, desde que não exponha os outros a perigo; 2) a *regra de ouro* (Sermão da montanha de Jesus). Faça aos outros o que gostaria de fizessem a ti; 3) *imperativo categórico de Kant*. O cidadão deve agir de acordo com aquelas máximas que possam ser erigidas a leis gerais. O ser humano deve ser tratado como um fim

[18] MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Elementos de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 299-300.

[19] ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Introdução à teoria e à filosofia do direito*. 3.ed. São Paulo: RT, 2015, p. 160.

e não um meio; 4) ***princípio da equidade*** *(John Rawls)*. Todos os envolvidos devem participar igualmente tanto nos benefícios quanto nos encargos; 5) ***princípio da responsabilidade*** *(Hans Jonas)*. A ação do cidadão não pode destruir ou diminuir a possibilidade de subsistência da vida humana e de seu ambiente; 6) ***princípio da tolerância*** *(Arthur Kaufmann)*. A ação humana deve sempre ser direcionada na intenção de diminuir a miséria humana[20].

Modernamente, porém, os princípios não possuem essa aplicação subsidiária, razão pela qual alguns autores costumam dizer que **princípios gerais do direito não se confundem com princípios constitucionais.**

Como explanado, o neoconstitucionalismo é responsável, dentre outras mudanças, pela afirmação da natureza jurídica normativa dos princípios jurídicos, ao lado das regras, não mais postas em posição hierarquicamente superior. É dizer, houve uma radical mudança no âmbito da teoria das fontes do direito. Em tal nova metodologia, **as normas** são consideradas gênero, do qual são espécies os **princípios** e as **regras.** Ambos possuem força normativa, sendo considerados fontes do Direito.

Assim, na doutrina de Robert Alexy, os princípios passam a ser concebidos como **mandamentos de otimização,** normas que ordenam algo que deve ser realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. São normas que podem ser cumpridas em diferentes graus, em que a medida devida do seu cumprimento depende não somente das possibilidades jurídicas, mas também das fáticas. Nessa linha, os direitos fundamentais são compreendidos como princípios, que podem entrar em rota de colisão, em determinado caso concreto, nunca se invalidando, mas sim atraindo a técnica da ponderação.

Por seu turno, as regras jurídicas funcionam como **mandamentos de definição,** a serem aplicadas na medida exata de suas prescrições. Abstratamente, uma vez em rota de colisão, uma regra acaba por invalidar a outra, não se falando aqui em ponderação.

20 ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Introdução à teoria e à filosofia do direito.* 3.ed. São Paulo: RT, 2015, p. 309.

Assim sendo, diferentemente dos "princípios gerais do direito" (derivados do positivismo normativista-sistemático), os princípios constitucionais não são meras técnicas de solução de lacunas ou antinomias, mas sim normas materiais, cuja observância se impõe como medida principal (e não acessória).

## 2.3. Jurisprudência

Comumente, ouvimos expressões como "achar uma jurisprudência" sobre determinado tema, como se ela consistisse em um substantivo singular. Cuida-se de um erro grosseiro, por um motivo bastante simples: a jurisprudência é um substantivo coletivo, intangível, como a cultura. O primeiro passo, em tal tema, consiste em saber distinguir os conceitos de **jurisprudência** e **precedente judicial.** Enquanto a noção de precedente suscita diversas discussões, a ideia de jurisprudência é algo mais tranquilo na doutrina.

Em um **sentido amplo**, entende-se por precedente a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, que pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos similares. Em tal perspectiva, o precedente em composto por duas partes: a) as circunstâncias de fato que embasam a controvérsia; b) a tese assentada na motivação (*ratio decidendi*).

No seu **sentido estrito**, o precedente consiste exatamente na *ratio decidendi* (ou ***holding***, para os Americanos), assim compreendida como os fundamentos jurídicos que sustentam determinada decisão (ou melhor, as "razões generalizáveis que podem ser identificadas a partir das decisões judiciais"[21]). Cuida-se da norma geral do caso concreto, a essência da tese jurídica suficiente para decidi-lo.

A **jurisprudência** possui um conceito mais simples: é a reiterada aplicação do entendimento firmado em um precedente. Em palavras mais palatáveis, a jurisprudência consiste no entendimento reiterado dos tribunais sobre determinado assunto.

---

[21] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*. Vol. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 610.

Em termos mais técnicos, ela consiste "na atividade de interpretação da lei desempenhada pelas cortes para solução de casos, cuja múltipla reiteração gera a uniformidade capaz de servir de parâmetro de controle"[22].

Como exposto acima, o neoconstitucionalismo é responsável, dentre outras mudanças, pela reconfiguração do papel da jurisprudência como fonte do direito, em um evidente redimensionamento do papel do Poder Judiciário. Até pouco tempo atrás, a ideia de vinculabilidade dos precedentes judicias consistia num traço específico da tradição jurídica do *common law*. Atualmente, porém, existe uma recíproca aproximação entre as tradições de *civil law* e de *common law*.

Como explicam Marinoni, Arenhart e Mitidiero, de um lado, a tradição do *common law* cada vez mais trabalha com o direito legislado, fenômeno denominado por alguns como "*statutorification* do *common law*". De outro, a tradição de *civil law* cada vez mais se preocupa assegurar os princípios da liberdade e da igualdade de todos perante o direito, trabalhando com uma noção dinâmica do princípio da segurança jurídica, o que demanda a necessidade de acompanhamento não apenas do trabalho do legislador, mas também as decisões dos tribunais[23].

Acrescentam os citados autores:

> A percepção de que a norma é o resultado da interpretação (em outras palavras, a tomada de consciência de que o discurso do legislador não é suficiente para guiar o comportamento humano, tendo em conta sua dupla indeterminação) abriu espaço para que se pensasse na decisão judicial não só como um meio de solução de determinado caso concreto, mas também como um meio para promoção da unidade do direito[24].

Em outras palavras, em determinadas situações, "as razões adotadas na justificação das decisão servem como elementos capazes de

---

[22] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*. Vol. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 609.

[23] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*. Vol. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 605.

[24] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*. Vol. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 606.

reduzir a indeterminação do discurso jurídico, podendo servir como concretizações reconstrutivas de mandamentos normativos"[25].

A valorização da jurisprudência como fonte do direito (em atenção à igualdade e segurança no tráfego jurídico) influenciou diretamente a doutrina e o Código de Processo Civil de 2015, que, em seu art. 927, passou a prever um rol de precedentes que devem ser observados por qualquer juiz ou tribunal:

> Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:
>
> I – as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
>
> II – os enunciados de súmula vinculante;
>
> III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;
>
> IV – os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;
>
> V – a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

## 2.4. Súmula vinculante

As súmulas vinculantes foram introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro por força da Emenda Constitucional n. 45/2004, que acrescentou à Constituição o art. 103-A, possibilitando ao Supremo Tribunal Federal a sua edição, de ofício ou por provocação.

De acordo com tal dispositivo constitucional, a aprovação de um enunciado de súmula vinculante depende de decisão de **dois terços** dos membros do STF, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional. Segundo a redação estabelecida, a partir de sua publicação na imprensa oficial, o enunciado terá efeito vinculante *"em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal"*.

[25] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*. Vol. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 606.

Percebe-se, pois, que a eficácia normativa das súmulas vinculantes não atinge a função legislativa, sob pena de grave violação à separação dos poderes, de modo que continua reservada ao Poder Legislativo a possibilidade de edição de leis com redação contrária ao que for disposto em enunciado de súmula vinculante.

A disciplina infraconstitucional do tema coube à Lei n. 11.417/2006, que, regulamentando o art. 103-A da Constituição, disciplina a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal.

Com efeito, coube ao art. 2º, § 1º, do citado diploma, tratar do seu **objeto,** nos moldes do art. 103-A, §2º, da Constituição. Por ele, somente será admitida a súmula com eficácia vinculante cujo objeto seja a **interpretação** ou a **verificação de validade ou eficácia** de normas determinadas, acerca das quais haja **controvérsia atual** entre órgãos jurisdicionais ou entre eles e a Administração Pública, que gere **grave insegurança jurídica** e **relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão.**

Por sua vez, os **legitimados** para propor a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante estão previstos no art. 3º, cabendo ressaltar que o referido rol é mais extenso que o rol dos legitimados para as ações de controle concentrado de constitucionalidade. Vejamos:

> Art. 3º São legitimados a propor a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante:
>
> I – o Presidente da República;
>
> II – a Mesa do Senado Federal;
>
> III – a Mesa da Câmara dos Deputados;
>
> IV – o Procurador-Geral da República;
>
> V – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
>
> VI – o Defensor Público-Geral da União;
>
> VII – partido político com representação no Congresso Nacional;
>
> VIII – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional;
>
> IX – a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;

> X – o Governador de Estado ou do Distrito Federal;
>
> XI – os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares.
>
> § 1º O Município poderá propor, incidentalmente ao curso de processo em que seja parte, a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante, o que não autoriza a suspensão do processo.

A principal característica das súmulas vinculantes reside justamente no **efeito vinculante**. Como sobredito, tais enunciados possuem tal efeito em relação ao próprio STF (em suas turmas) e aos demais órgãos do Judiciário, bem como à Administração Pública. O efeito opera de imediato, bastando a sua publicação no Diário de Justiça. Admite-se, porém, que o STF, por decisão de dois terços de seus membros, module os seus efeitos, por razões de segurança jurídica ou excepcional interesse público (art. 4º da Lei n. 11.417/2006).

Uma decorrência direta do efeito vinculante é o cabimento da **Reclamação ao STF** contra ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula ou que a indevidamente aplicar, sem prejuízo de outros meios de impugnação cabíveis.

Feitas tais considerações, é necessário um relevante aprofundamento, à luz da teoria dos precedentes.

Como registra **Fredie Didier Jr.**, a súmula é o enunciado normativo (ou seja, o **texto**) da ***ratio decidendi*** (norma geral) de uma jurisprudência dominante, que é a reiteração de um precedente. Em outras palavras, é o texto que cristaliza a norma geral. A súmula figura como uma espécie de "método de trabalho", um instrumento para facilitar a atuação do julgador, com maior celeridade na aplicação do direito[26].

Por ser texto, a súmula depende de interpretação, razão pela qual parte da doutrina entende pela necessidade de que seja escrita

[26] DIDIER, Fredie; SARNO, Paula; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil.* Vol. 3. Salvador: Juspodivm, p. 486-508.

com termos precisos, cabendo ressaltar que sua formação, via de regra, não conta com a presença democrática e legitimadora das partes que figuraram nos processos onde fora concebida a razão jurídica ali sintetizada[27].

O enunciado de súmula é formado a partir de casos concretos, extraindo-se da sua resolução uma norma geral. Disso decorre, em sua simplicidade, o distanciamento em relação aos fatos das decisões que lhe deram causa. Apesar disso, entende a doutrina que a aplicação dos enunciados não pode ignorar os fatos subjacentes à causa, exigindo-se o confronto com os precedentes que geraram o enunciado sumular[28].

Merece destaque, por fim, a crítica feita por LENIO STRECK em relação à doutrina que defende a necessidade de edição de enunciados sumulares com termos precisos. O citado autor parte da premissa de que não há enunciado linguístico que dispensa interpretação para sua aplicação, que deve sempre buscar a integridade e coerência. Assim, a tentativa de tornar exata a linguagem do enunciado mais se aproxima do paradigma positivista, em contradição ao pensamento pós-positivista.

É dizer: vaguezas e ambiguidades são elementos inexoráveis à linguagem, não havendo como afirmar quais expressões são vagas e quais são precisas. Para STRECK, não há razão para entender que a lei pode ser vaga e o precedente não, sob pena de se cair, mais uma vez, no positivismo, na medida em que "a discricionariedade é o pomo de ouro do positivismo". Em síntese: "não se deve transportar, da lei para as súmulas, o velho problema da vagueza e da ambiguidade das palavras"[29].

---

27 DIDIER, Fredie; SARNO, Paula; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. Vol. 3. Salvador: Juspodivm, p. 486-508.

28 DIDIER, Fredie; SARNO, Paula; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. Vol. 3. Salvador: Juspodivm, p. 486-508.

29 STRECK, Lenio; Abboud, Georges. O NCPC e os precedentes – afinal, do que estamos falando? In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; MACEDO, Lucas Buril; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de (coord.). *Coleção grandes temas do novo CPC – v. 3 – Precedentes*. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 175-183.

## 3. EFICÁCIA DA LEI NO TEMPO

Se a Constituição consagra, em seu art. 5º, que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei" (princípio da legalidade), torna-se importante saber quando se inicia e quando termina a produção de efeitos jurídicos de determinado diploma normativo, de modo a que as pessoas possam se comportar e ser responsabilizadas em um ambiente marcado pela segurança jurídica.

Tal preocupação se revela em todas as áreas, sendo mais evidente no campo punitivo (direito penal, direito administrativo, direito tributário etc.). Diante da sucessão de leis tratando da alíquota de um tributo, *v. g.*, qual o critério definidor da eficácia jurídica de cada uma delas no tempo? Diante da radical mudança de uma lei penal, como fica a situação de uma pessoa já condenada? E a situação daquele que praticou determinado fato, mas ainda não se encontra condenado?

Por óbvio, para os fins da presente obra, faremos apenas um apanhado geral das principais regras aplicáveis aos mais diversos campos do direito, cientes de que o estudo do tema também se repete nos programas das respectivas disciplinas, nos editais dos concursos. O importante aqui é compreender o tema de forma ampla, abordando, de uma só vez, as principais peculiaridades em cada uma das matérias, a permitir a elaboração de uma resposta completa.

### 3.1. Conflito de normas jurídicas no tempo e o Direito brasileiro

Após o longo procedimento que a Constituição estabelece para a produção de leis, o projeto de lei aprovado no Congresso Nacional segue para a sanção (ou veto) presidencial. Sancionado o diploma, será publicada a nova lei.

Apesar de presumidamente válida, uma lei recém-sancionada, via de regra, não entra em vigor (ou seja, não produz os seus efeitos) de imediato, devendo aguardar um prazo para tanto, denominado ***vacatio legis***. Cada lei pode definir um prazo específico de *vacatio*

ou até mesmo estabelecer a produção imediata de efeitos, a partir da sua publicação.

Não havendo menção quanto ao prazo necessário para que comece a produzir efeitos, dispõe o art. 1º da **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro** (Decreto-lei n. 4.657/1942): "Salvo disposição contrária, a lei começa a vigorar em todo o país **quarenta e cinco dias depois de oficialmente publicada**".

Esse prazo de quarenta e cinco dias, todavia, é aplicável apenas para o início da eficácia da lei **dentro do território nacional**, de modo que, **Estados estrangeiros**, "a obrigatoriedade da lei brasileira, quando admitida, se inicia **três meses** depois de oficialmente publicada" (§ 1º).

Acrescentam os parágrafos terceiro e quarto da LINDB que "se, antes de entrar a lei em vigor, ocorrer nova publicação de seu texto, destinada a correção, o prazo deste artigo e dos parágrafos anteriores começará a correr da nova publicação" (§ 3º). Além disso, "as correções a texto de lei já em vigor consideram-se lei nova" (§ 4º).

Também o art. 8º da LC n. 95/98 se ocupa do tema, disciplinando a técnica a ser utilizada pelos legisladores:

> **Art. 8º A vigência da lei será indicada de forma expressa e de modo a contemplar prazo razoável para que dela se tenha amplo conhecimento, reservada a cláusula "entra em vigor na data de sua publicação" para as leis de pequena repercussão.**
>
> § 1º A contagem do prazo para entrada em vigor das leis que estabeleçam período de vacância far-se-á com a inclusão da data da publicação e do último dia do prazo, entrando em vigor no dia subseqüente à sua consumação integral. (Incluído pela Lei Complementar nº 107, de 26.4.2001)
>
> § 2º As leis que estabeleçam período de vacância deverão utilizar a cláusula 'esta lei entra em vigor após decorridos (o número de) dias de sua publicação oficial'. (Incluído pela Lei Complementar nº 107, de 26.4.2001)

O tempo total de vigência da lei normalmente não é definido em seu corpo, muito embora isso seja possível, por meio das chamadas **leis temporárias.** Assim, prevê o art. 2º da LINDB que, não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a

modifique ou revogue. À luz do art. 2º, § 1º, da LINDB, essa revogação ou derrogação (revogação parcial) de uma lei por outra que lhe é posterior pode ocorrer de forma **expressa** ("a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare [...]"), **tácita** ("quando seja com ela incompatível") ou por **normação geral** (quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior).

Caso a lei nova apenas crie disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior, cuidando-se apenas de norma de sentido complementar (art. 2º, § 2º, da LINDB).

Questão que se põe consiste em saber o que ocorre quando uma lei que revoga uma lei anterior é revogada. Imaginemos a situação de uma Lei A, que é revogada pela Lei B. Pergunta-se: revogando-se a Lei B, a Lei A voltará a produzir efeitos? Tal fenômeno é denominado **repristinação** (o retorno da produção de efeitos de uma norma anterior, em razão da revogação da norma que lhe havia revogado) e, como regra, é proibido pelo art. 2º, § 3º da LINDB: "Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência".

É possível falar, todavia, em **efeito repristinatório,** no caso de decisões em sede de controle concentrado de constitucionalidade ou previsão expressa em lei. A título de exemplo, se o STF, por meio de liminar ou decisão final em Ação Direta de Inconstitucionalidade, decide pela invalidade de determinada lei revogadora, voltará a produzir efeitos a norma revogada, salvo se de forma diversa definir o STF.

Como visto, portanto, a regra geral é que uma nova lei produza efeitos apenas **após a sua publicação, uma vez superado o prazo da *vacatio legis*.** Ordinariamente, não se admite que uma nova lei desrespeite **ato jurídico perfeito, direito adquirido** ou a **coisa julgada** já formados quando da legislação anterior. É o que dispõe o art. 6º da LINDB, que apresenta, em seus parágrafos, o conceito de cada um dos institutos:

> Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o **ato jurídico perfeito**, o **direito adquirido** e a **coisa julgada**.
>
> § 1º Reputa-se **ato jurídico perfeito** o **já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou**. (Incluído pela Lei nº 3.238, de 1957)

§ 2º Consideram-se **adquiridos** assim os direitos que o seu titular, ou alguém por êle, possa exercer, como aquêles cujo comêço do exercício tenha têrmo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem. (Incluído pela Lei nº 3.238, de 1957)

§ 3º Chama-se **coisa julgada** ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso.

Há, porém, diversas exceções em nosso ordenamento jurídico, casos em que ocorre a chamada **extra-atividade legal**. A extra-atividade é um gênero, consistindo na capacidade de uma lei produzir efeitos sobre fatos que lhe são anteriores (**retroatividade**) ou fatos posteriores à sua revogação (**ultra-atividade**). Cuida-se, em outras palavras, da possibilidade de uma lei deslocar, no tempo, a produção de seus efeitos, imprimindo-lhes retroatividade ou ultra-atividade. Vejamos como isso ocorre nos variados campos do direito.

## 3.2. Direito Penal

Certamente, é no direito penal que a extra-atividade se revela mais complexa, tendo em vista o bem jurídico diretamente envolvido (liberdade).

Inicialmente, é importante saber quando, no tempo, determinado crime se considera praticado. Imaginemos uma situação em que alguém dispara uma arma de fogo contra uma pessoa, que vem a falecer após dois meses. Quando se considera praticado o crime: na data do disparo (data da conduta) ou da morte (data do resultado)? Três são as correntes que tratam do assunto:

a) **Teoria da Atividade** – Por ela, o crime se considera praticado no momento da conduta, ainda que outro seja o momento do resultado. É a teoria consagrada no art. 4º do Código Penal:

> Art. 4º do CP – Considera-se praticado o crime no momento da ação ou omissão, ainda que outro seja o momento do resultado.

b) **Teoria do Resultado ou do Evento** – Por ela, o crime se considera praticado no momento do resultado, ou seja, da consumação.

c) **Teoria da Ubiquidade ou Mista** – Aqui, o crime se considera praticado tanto no momento da conduta quanto do resultado.

Pergunta-se: por que é tão importante saber o "tempo do crime"? Por diversos motivos, todos muito relevantes. O tempo do crime é, por exemplo, parâmetro de **análise da capacidade do agente.** Pelo Código Penal, é no momento da ação ou da omissão que se dever analisar a capacidade (e imputabilidade) do agente. Assim, no exemplo citado, se o autor do disparo era menor de idade no momento da ação, ainda que a vítima venha a falecer apenas depois de completada a maioridade, o agente será responsabilidade à luz do regramento do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Outrossim, o tempo do crime é relevante para a **análise das qualidades ou condições da vítima**, como previsto exemplo no art. 121, § 4º, do Código Penal:

> Art. 121, § 4º No homicídio culposo, a pena é aumentada de 1/3 (um terço), se o crime resulta de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício, ou se o agente deixa de prestar imediato socorro à vítima, não procura diminuir as conseqüências do seu ato, ou foge para evitar prisão em flagrante. Sendo doloso o homicídio, a pena é aumentada de 1/3 (um terço) se o crime é praticado contra pessoa menor de 14 (quatorze) ou maior de 60 (sessenta) anos.

Por fim, a análise do tempo do crime é extremamente relevante para averiguar a resposta adequada na hipótese de **sucessão de leis penais no tempo,** definindo qual lei vai reger o caso. O regramento geral da lei penal no tempo é definido pelos artigos 1º e 2º do CP, que estabelecem:

> Anterioridade da Lei
>
> Art. 1º – Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)
>
> Lei penal no tempo
>
> Art. 2º – Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

> Parágrafo único – A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Assim, temos duas principais consequências: **a)** aplica-se a lei em vigor no tempo da conduta, exceto se a do tempo do resultado for mais benéfica ao agente; **b)** aos crimes permanentes, continuados e habituais, deve ser aplicada a lei mais nova, ainda que mais severa (na hipótese de, durante a permanência, continuidade delitiva ou habitualidade sobrevier lei penal mais severa).

Analisando-se sistematicamente os artigos 1º e 2º do CP, podemos estabelecer as seguintes situações, com as suas respectivas consequências:

| Hipótese | Explicação | Resultado |
|---|---|---|
| *Novatio legis* incriminadora | O fato era atípico e a lei posterior o tornou típico | **Irretroatividade** (art. 1º do CP) |
| *Abolitio criminis* | O fato era típico e a lei posterior o tornou atípico | **Retroatividade** (art. 2º do CP) |
| *Lex gravior*<br>(ou *novatio legis in pejus*) | Lei posterior mais rígida em comparação com a lei anterior | **Irretroatividade** (art. 1º do CP) |
| *Lex mitior*<br>(ou *novatio legis in mellius*) | Mantém o fato típico, mas é mais benigna em relação à sanção penal ou à forma de seu cumprimento | **Retroatividade** (art. 2º do CP) |

Questão importante reside em saber se é possível combinação de leis no direito penal, com a criação de uma lei híbrida pelo órgão julgador. É o que se chama de *Lex tertia*, na hipótese em que a lei posterior contém preceitos mais rígidos e outros mais brandos. A título de exemplo, imaginemos que a Lei A estabeleça uma pena privativa de liberdade de 1 a 4 anos para determinada conduta, acrescida de 40 a 300 dias-multa. Por sua vez, a Lei B entra em vigor posteriormente, punindo o mesmo comportamento com pena privativa de

liberdade de 2 a 6 anos, acrescida de 10 a 100 dias-multa. Poderia o julgador aplicar a nova lei apenas com relação à pena de multa?

Para a **Teoria da ponderação unitária ou global**, não se admite tal combinação de leis penais, pois isso colocaria no juiz uma função de legislador, criando uma terceira lei, de natureza híbrida (*Lex tertia*), violando os princípios da reserva legal e da separação dos poderes do Estado. É a corrente defendida por autores como Nelson Hungria e Aníbal Bruno, sendo adotada pelo STF e pelo Enunciado n. 501 da Súmula do STJ:

> STJ – Súmula 501 – É cabível a aplicação retroativa da Lei n. 11.343/2006, desde que o resultado da incidência das suas disposições, na íntegra, seja mais favorável ao réu do que o advindo da aplicação da Lei n. 6.368/1976, sendo vedada a combinação de leis.
>
> Ementa: PENAL E PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO HABEAS CORPUS. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO E OBSCURIDADE. INEXISTÊNCIA. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA. IMPOSSIBILIDADE. MATÉRIA DEVIDAMENTE APRECIADA NA IMPETRAÇÃO. EMBAGOS DE DECLARAÇÃO DESPROVIDOS.
>
> [...]
>
> 4. In casu, a) o paciente foi condenado pela prática do crime previsto no art. 12 da Lei 6.368/76 (tráfico de drogas) à pena de 05 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, porquanto, em 11/9/2006, valendo-se de seu cargo de agente penitenciário, entregou 380 (trezentos e oitenta) gramas de maconha para um detento, com a finalidade de distribuição entre demais presos da Casa de Prisão Provisória de Itumbiara/GO. b) o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, no julgamento do recurso de apelação criminal, manteve a condenação do paciente com fundamento na Lei 6.368/1976 e aplicou a causa de diminuição de pena prevista na Lei 11.343/2006 na fração de 1/6 (um sexto). c) O paciente sequer faria jus à incidência da mencionada minorante sobre a pena fixada com base na Lei 6.368/1976, contudo, a fixação do patamar da causa de diminuição de pena deve ser mantida nos termos em que proferida pelo Tribunal de Justiça, em razão da impossibilidade de piorar a situação do paciente, em sede de habeas corpus. d) O acórdão fixou o regime fechado para o início do cumprimento da pena, com fundamento tão somente no disposto no artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990. 5. **A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 600.817-RG/MS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, realizado em 7/11/2013, firmou-se no sentido da impossibilidade de aplicação retroativa da causa de diminui-**

**ção de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 sobre a reprimenda cominada ao paciente com base na Lei 6.368/1976, sob pena de se formar uma lex tertia.** 6. Embargos de declaração desprovidos.[30]

Restou minoritária, portanto, a **Teoria da ponderação diferenciada**, que defende a combinação de leis penais para favorecer o réu.

## 3.3. Direito Civil

Para boa parte da doutrina, o Código Civil de 2002 abraçou o regramento da LINDB (que, anteriormente à Lei n. 12.376/2010, se chamava Lei de Introdução ao Código Civil), razão pela qual valem todas as observações feitas no item 3.1.

Há, todavia, quem considere a existência de uma exceção ao regramento geral, pelo que o CC-02 teria permitido a retroatividade, em seu art. 2.035, excepcionando-se a proteção ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito. Para parte da doutrina, cuida-se de previsão inconstitucional.

De acordo com o *caput* do aludido dispositivo, "a validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução". Haveria aqui, portanto, uma hipótese de **retroatividade mínima**, que sujeita à disciplina do novo Código Civil os efeitos atuais de atos jurídicos perfeitos, celebrados na vigência do Código Civil anterior. É o caso, por exemplo, das obrigações de trato sucessível.

De forma ainda mais drástica, dispõe o parágrafo único do art. 2.035 que "nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos".

---

[30] Supremo Tribunal Federal, 1ª Turma, HC n. 115766-ED/GO, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 16.2.2016.

Segundo Flávio Tartuce, o que o Código Civil consagrou aqui foi o **princípio da retroatividade motivada**, pelo que as normas de "ordem pública" do Código Civil de 2002 concernentes à função social da propriedade e dos contratos podem retroagir, aplicando-se a atos celebrados antes da sua entrada em vigor. Não haveria, todavia, qualquer inconstitucionalidade em tal ponto, uma vez que a função social da propriedade é amparada pela própria Constituição (art. 5º, incisos XXII e XXIII)[31].

## 3.4. Direito Constitucional

O surgimento de uma nova Constituição, por óbvio, gera a total revogação da anterior, por normação geral. Os maiores problemas, porém, transitam em torno do fenômeno da **recepção** (ou não-recepção) dos atos normativos infraconstitucionais anteriores à nova Constituição.

Pelo instituto da recepção, as normas antigas materialmente compatíveis com a Constituição nova serão recepcionadas, sob o novo fundamento de validade. Como veremos adiante, para que isso ocorra, o que interessa não é a forma da norma, mas seu conteúdo (que deve ser compatível com a nova Constituição).

A não recepção é exatamente o oposto: a eficácia negativa das normas constitucionais impede que as normas antigas materialmente incompatíveis com a nova Constituição sejam recepcionadas e, portanto, válidas. Segundo entendimento da teoria do controle de constitucionalidade, isso não se confunde com o fenômeno da inconstitucionalidade, vez que a norma em questão, quando foi elaborada, tinha como parâmetro uma Constituição anterior (princípio da contemporaneidade).

De acordo com a teoria da recepção constitucional, **a incompatibilidade formal superveniente, via de regra, não impede que determinada norma seja recepcionada**, apenas alterando o seu *status*. A título de exemplo, se determinada matéria foi regulada por

[31] TARTUCE, Flávio. *Direito Civil*: Lei de introdução e parte geral. Vol. 1. 6 ed. São Paulo: Método, 2012, p. 29.

lei ordinária, mas agora a nova Constituição exige que o seja por meio de lei complementar, a lei ordinária será recepcionada (se materialmente compatível com a nova Constituição) e receberá o ***status*** de lei complementar. Tal fenômeno ocorreu, por exemplo, com o Código Tributário Nacional, originariamente uma lei ordinária, mas recepcionado com *status* de lei complementar. Justamente por isso, costuma-se dizer que não existe inconstitucionalidade formal superveniente. Há, contudo, uma exceção, hipótese que o STF denomina "**competência superveniente do órgão legiferante**". Ela ocorre na hipótese em que a competência para legislar sobre determinado tema, na Constituição revogada, era do Estado-membro, mas passou a ser da União na nova Constituição. Em tal situação, não é possível ocorrer uma federalização das variadas normas estaduais, por força da alteração de competência. Consequentemente, há aqui uma eficácia derrogatória da norma constitucional que tornou de competência legislativa federal a matéria anteriormente de matéria estadual ou municipal. O mesmo não ocorre no sentido oposto: se a competência era da União e passou a ser dos entes parciais, a lei federal permanecerá em vigor (recepcionada como lei estadual para cada um dos Estados) até que os Estados elaborem as suas respectivas leis.

O STF também não admite o fenômeno da **constitucionalidade superveniente**[32]. É dizer, para ser recepcionada pela nova Constituição, a norma tem que preencher determinados requisitos, dentre eles estar compatibilidade ter compatibilidade formal e material pe-

[32] EMENTA: DIREITO TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PROTOCOLO CONFAZ Nº 21/2011. INCONSTITUCIONALIDADE. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE NÃO DIVERGE DA JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. PRECEDENTES. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 87/2015. ALEGAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE. IMPOSSIBILIDADE. 1. No julgamento da ADI 4.628, o Plenário da Suprema Corte assentou que o Protocolo Confaz nº 21 subverteu o arquétipo constitucional do ICMS, na medida em que estabeleceu novas regras para a cobrança do imposto que destoam dos parâmetros fixados pela Carta. 2. A conclusão do Tribunal de origem não diverge da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 3. O advento da Emenda Constitucional nº 87/2015 não tornou constitucional o Protocolo Confaz nº 21/2011. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não admite o fenômeno da constitucionalidade superveniente. Por essa razão, o referido ato normativo, que nasceu inconstitucional, deve ser considerado nulo perante a norma constitucional que vigorava à época de sua edição. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. Supremo Tribunal Federal, 1ª Turma, Rel. Min, Roberto Barroso, ARE 683849/RR, DJ 09.09.2016.

rante a Constituição sob cuja regência foi editada. Vejamos todos os requisitos para a recepção:

a) Estar em vigor no momento do advento da nova Constituição;

b) Não ter sido declarada inconstitucional durante a sua vigência no ordenamento jurídico;

c) Ter compatibilidade formal e material perante a Constituição sob cuja regência foi editada (no ordenamento anterior);

d) Ter compatibilidade material com a nova Constituição, pouco importando a compatibilidade formal, como visto acima.

Por fim, vale ressaltar o entendimento consolidado no sentido de que não há direito adquirido em face de uma nova Constituição. Em outras palavras, uma nova Constituição não está obrigada a respeitar o direito adquirido, tendo em vista que o Poder Constituinte Originário não está submetido a qualquer limitação jurídica. Quanto ao tema, o STF faz uma distinção entre três tipos de retroatividade: mínima, média ou máxima. Como regra geral, a nova Constituição produz de imediato a chamada **retroatividade mínima**, de modo que as retroatividades médias e máximas devem vir previstas expressamente na nova Constituição. Vejamos as características de cada uma delas:

a) **Retroatividade mínima, temperada ou mitigada** – A nova Constituição alcança os efeitos futuros de atos passados, verificados após a data em que a Constituição entra em vigor. A título de exemplo, estabelece o art. 17 do ADCT que os vencimentos, a remuneração, as vantagens e os adicionais, bem como os proventos de aposentadoria que estejam sendo percebidos em desacordo com a Constituição serão imediatamente reduzidos aos limites dela decorrentes, não se admitindo, neste caso, invocação de direito adquirido ou percepção de excesso a qualquer título;

b) **Retroatividade média** – Por ela, a Constituição nova atinge efeitos pendentes de atos jurídicos verificados antes dela (prestações vencidas e não pagas). Depende de previsão expressa;

c) **Retroatividade máxima ou restitutória** – Por ela, a nova Constituição atinge atos consolidados, consumados no passado. Também depende de previsão expressa, como ocorre no art. 231, § 6º, que considera **nulos** e extintos, **não produzindo efeitos jurídicos** os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé.

Quanto às Constituições Estaduais, vigora o regramento geral de irretroatividade da lei (e não à retroatividade mínima).

### 3.5. Direito do Trabalho

Em relação ao direito trabalho, de uma forma geral, cabem as informações já expostas em relação à LINDB. Assim, como regra geral, as normas trabalhistas devem respeitar o princípio da irretroatividade, de modo que a lei nova não deve alterar os contratos de trabalho celebrados sob a égide da legislação anterior.

## 4. O CONCEITO DE POLÍTICA

### 4.1. Aspectos gerais

A palavra *política* é constituída por diversos significados, sendo originária do grego "*politeía*", termo que designava as relações sociais na *pólis* (cidade-Estado), em especial aquelas que contavam com uma assembleia representativa de cidadãos. Dentre as mais diversas concepções da política, é certamente a de Aristóteles aquela mais relevante, ao defini-la como um ramo do conhecimento voltado a investigar a melhor forma de governo para o estabelecimento do **bem comum**[33].

[33] SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira; COSTA, Fábio Natali; BARBOSA, Amanda Barbosa. *Magistratura do trabalho*: formação humanística e temas fundamentais do direito. São Paulo, LTr, 2010, p. 144.

Na Grécia antiga, em especial em Atenas, não se distinguia, de forma estanque, o Estado dos cidadãos. Partindo da premissa de que o homem seria um "animal político", entendia ARISTÓTELES que *"o Estado constituía a expressão mais feliz da comunidade humana e o seu vínculo com o homem era de natureza orgânica"*[34]. Em tal momento histórico, é estabelecida uma conexão direta entre política e **bem comum**, como ensina MIGUEL REALE:

> Já Aristóteles, no início da Política, nos ensina que o homem não quer apenas viver, mas viver bem. Esta expressão não deve ser tomada, é claro, no sentido aparente de fruição de valores materiais, confinada nossa existência entre os horizontes das preocupações imediatas. O bem, a que o homem se destina e que lhe é conatural e próprio, diz respeito ao seu aperfeiçoamento moral, como único ente, cujo ser é o seu dever ser, como tal capaz de modelar-se segundo influências subjetivas e sociais, mas afirmando a sua liberdade instauradora de algo original[35].

E continua o citado autor:

> A Política, para Aristóteles, não é apenas a Ciência do Estado, mas é a maior de todas as ciências, a arquitetônica das ciências, aquela que contém em si todas as outras, porquanto se refere, não ao bem de cada indivíduo singularmente considerado, mas ao bem de todos. A Política, arquitetônica das ciências, representa o ponto culminante da Ética, tudo se subordinando a ela, como as partes se subordinam ao todo. Na realidade, porém, se Aristóteles trata da "Ética" e da "Política" em obras distintas, deve notar-se que se encontram em íntima e solidária conexão, como aspectos da parte c do todo, como ele mesmo o salienta mais de uma vez.
>
> É no Estado, segundo o estagirita, que o homem pode atualizar suas faculdades naturais e, realizando-se, alcançar plenamente o seu bem. Daí a conclusão de que os fins e o bem do homem não podem ser conhecidos, nem ser praticamente assegurados pela Retórica, pela Econômica, ou pela Ética, mas tão-somente pela Política, a ciência que compreende todas as outras e considera o bem geral, "o que há de melhor", o supremo Bem, alvo de todos os atos de nossa vida[36].

---

[34] NADER, Paulo. *Filosofia do direito*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 14.

[35] REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 271.

[36] REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 625.

Expandindo-se a noção de "*polís*" para a sociedade moderna, é possível conceber a política como o ramo do conhecimento que tem por conteúdo as relações interpessoais na sociedade e as decisões públicas, tomadas por aqueles que administram a coisa pública. Dito de forma mais sintética, a política seria a **gestão dos negócios da comunidade**. Mas é possível destacar diversos outros significados mais específicos:

a) política como **tema genérico**, em que se inserem os fatos cotidianos relativos às decisões tomadas pelos governantes, na administração da coisa pública;

b) política como uma estrutura **organizada para um determinado fim** social de natureza **pública**, confundindo-se com política pública (política educacional, política de saúde etc.);

c) política como a **arte de conquistar**, **manter e exercer** o **poder**, o governo (NICOLAU MAQUIAVEL);

d) política como os **meios adequados à obtenção de qualquer vantagem** (HOBBES);

e) política como **ciência política**, que tem por objeto os sistemas de governo públicos e privados, é dizer, os sistemas políticos e o comportamento político.

Para fins meramente didáticos, convém trazer o conceito de política construído por DIMITRI DIMOULIS, para quem "a política pode ser definida como um processo social que possui quatro características principais: sua sede é o Estado; influencia a tomada de decisões por meio de ações coletivas; objetiva transformar as relações sociais; constitui uma atividade racional e, em geral, pacífica, mas sem excluir o confronto e a violência"[37]. E explica:

> Em primeiro lugar, a política possui uma sede institucional. Trata-se do Estado, cujos órgãos decidem sobre as questões políticas [...]. Em outras palavras, a política gira em torno do Estado.
>
> Em segundo lugar, a política tem um mecanismo de funcionamento. Fazer política significa tentar influenciar a tomada de decisões nos

[37] DIMOULIS, Dimitri. *Manual de introdução ao estudo do direito.* 6.ed. São Paulo: RT, 2014, p. 67.

assuntos que, em cada momento histórico, são considerados políticos mediante uma ação coletiva [...].

Em terceiro lugar, a política possui uma clara finalidade: transformar as instituições e as relações sociais. Se todos concordam que o salário-mínimo estabelecido pelo governo é satisfatório, não tem sentido fazer uma discussões política porque não há vontade de mudança [...].

Em quarto lugar, a política é uma atividade social de tipo racional. Por tal razão, o meio principal da comunicação política é a discussão entre pessoas que discordam. Tentamos utilizar argumentos para convencer os demais [...][38].

## 4.2. Política e Direito

Bem fixadas as premissas básicas sobre o que se entende por política, passamos à sua relação com o Direito. Inicialmente, é necessário fazer uma **distinção fundamental** a respeito de cada um de tais ramos do conhecimento, algo essencial em um Estado democrático. Com efeito, os fundamentos da política repousam em dois grandes pilares: a **soberania popular** e o **princípio majoritário**. A política habita em um ambiente marcado pela vontade (consenso) de uma maioria estabelecida. O campo do Direito é outro: ele está fundado no respeito à ordem jurídica, em especial às regras e princípios constitucionais. O direito habita no domínio **razão pública**, que se revela, muitas vezes, contramajoritária.

Ocorre que tal divisão não é tão precisa quanto parece. Ao revés, existem infindáveis pontos de interconexão entre o Direito e a política, especialmente em dois momentos: **a) na elaboração do direito (processo legislativo); b) na aplicação do Direito.** Bem pensadas as coisas, em ambos os momentos, há um campo para a **decisão política,** é dizer, a manifestação de poder estatal, o que se faz por meio de seus agentes públicos (e por que não dizer também agentes políticos?).

Em um Estado constitucional, o diálogo entre Direito e política é feito, sobretudo, a partir da Constituição, que institui os poderes

[38] DIMOULIS, Dimitri. *Manual de introdução ao estudo do direito.* 6.ed. São Paulo: RT, 2014, p. 67-68.

e demarca o espaço de cada um deles. Inegavelmente, uma das marcas do mundo jurídico é a coerção, elemento organizado pelo poder político, que confere efetividade à ordem social de controle.

No momento da **elaboração do Direito**, é certamente mais nítida a sua relação com a política. De fato, "a lei é fruto de uma correlação de forças políticas no Parlamento, não raro se constatando o conservadorismo dessas leis, pois criadas no embate político, no qual, muitas vezes, impera a influência do poder econômico. Por isso, a assertiva de que o Direito posto é uma forma de dominação"[39]. O Direito é – sobretudo – uma forma de dominação organizada pelo poder político, sob influência do poder econômico.

Nessa linha de pensamento, merecem destaque as lições de Dimitri Dimoulis:

> Sabemos que as leis são criadas pelo Poder Legislativo. Ora, o Poder Legislativo é exercido por pessoas que se ocupam da política de modo profissional e são legitimados pelo voto da maioria dos eleitores [...]. Por isso podemos afirmar que a criação do direito é um assunto exclusivamente político. Todas as decisões sobre a oportunidade de criar ou de modificar uma norma jurídica dependem de avaliações políticas, de ideologias e interesses expressos pelos partidos políticos. Nesse sentido, **o direito é um produto da política.** Há uma conexão genética que se resume na seguinte regra: quem não possui poder político não pode criar direito. Esse dado deve ser ressaltado para evitar um erro muito comum entre alunos do direito. A missão do operador do direito não é técnica ou científica. É principalmente política, porque consiste na execução da vontade política dos legisladores[40].

O citado autor acrescenta uma informação importante: "Os políticos devem respeitar o direito, que impõe o princípio da probidade na administração do dinheiro público, pune a corrupção e obriga a cuidar do bem-estar de todos. Dessa forma, o direito aparece como

[39] SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira; COSTA, Fábio Natali; BARBOSA, Amanda Barbosa. *Magistratura do trabalho*: formação humanística e temas fundamentais do direito. São Paulo, LTr, 2010, p. 145.

[40] DIMOULIS, Dimitri. *Manual de introdução ao estudo do direito.* 6.ed. São Paulo: RT, 2014, p. 66.

um **instrumento mais poderoso do que a vontade política**"[41]. Nessa perspectiva, é possível conceber não apenas um **direito da política** (em que se analisa o Direito como um subproduto da política), mas também uma **política do Direito**, em que as normas jurídicas estabelecem critérios para a tomada de decisões políticas[42].

Criada a lei, **passa-se ao momento de sua aplicação**, o que se dá por intermédio de atividades decisórias, sejam elas judiciais ou não. Surge então o questionamento sobre se também o julgador seria um agente político. Numa primeira abordagem (tradicional), é claramente desejável que um juiz não tome suas decisões sobre influência do poder político, devendo atuar com independência em relação aos agentes políticos tradicionais. No momento da aplicação do Direito, é importante que o julgador preserve sua autonomia decisória frente às influências políticas, já que há de decidir com base no Direito estabelecido. Assim sendo, ao Poder Judiciário e ao Ministério Público, por exemplo, teriam sido reservadas (numa perspectiva tradicional) atividades no campo da técnica.

Ocorre que, da mesma forma que não se pode defender uma equiparação entre Direito e política, não há uma divisão absoluta entre tais campos mesmo quando da aplicação do Direito.

Por fim, as mudanças havidas na Ciência do Direito Constitucional resultaram no fortalecimento da jurisdição constitucional, "voltada ao controle da constitucionalidade das leis e atos administrativos e à preservação de garantias oferecidas pela Constituição (jurisdição constitucional das liberdades)". Como consequência, há a chamada judicialização da política e das relações sociais, com ampla concentração de poder na função jurisdicional. Assim, ao clássico princípio da separação de poderes é agregada uma interpretação mais flexível, capaz de transpor os rígidos limites da tradição francesa, em aproximação ao sistema de freios e contrapesos da tradição norte-americana.

---

[41] DIMOULIS, Dimitri. *Manual de introdução ao estudo do direito.* 6.ed. São Paulo: RT, 2014, p. 66.

[42] DIMOULIS, Dimitri. *Manual de introdução ao estudo do direito.* 6.ed. São Paulo: RT, 2014, p. 71-72.

Também é comum o questionamento sobre a legitimidade democrática do Judiciário para interferir nas escolhas realizadas pelo Legislativo e o Executivo, tendo em vista tais poderes são integrados por membros eleitos através do voto da população, para traçar e concretizar as políticas públicas.

São basicamente três os principais argumentos que justificam a atuação do Judiciário no sentido de concretizar os direitos sociais, afastando-se as objeções constantemente levantadas.

O primeiro deles diz respeito ao déficit democrático das instituições políticas, em razão da "quebra da confiança" depositada pelos representados sobre os seus representantes. Como já ressaltou o Min. Celso de Mello, no julgamento do RE n. 271286, não é possível que qualquer direito fundamental seja concebido como "promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever"[43].

São constantes os gestos irresponsáveis de infidelidade governamental. Assim, faltando confiança em relação aos Poderes Legislativo e Executivo, legitima-se para agir o Poder Judiciário.

A legitimidade democrática do Judiciário também pode ser justificada à luz de um outro argumento. É que a democracia em si mesma não se resume à participação popular através do voto, pressupondo também a concretização de direitos básicos por todos os cidadãos. Assim, quando o Poder Judiciário é chamado a garantir tais direitos em face das omissões existentes, o faz com amplo respaldo democrático.

Finalmente, justifica-se a atuação do Judiciário na natureza normativa da Constituição, que prescreve ser atribuição deste Poder aplicar as normas jurídicas em situações de litígio, ainda que isso resulte num controle sobre o próprio poder estatal (princípio da inafastabilidade da jurisdição). Ora, sendo a Constituição uma norma – conforme preconizado pelo paradigma neoconstitucionalista –,

[43] Supremo Tribunal Federal, 2ª T., RE n. 271286 AgR, rel. Min. Celso de Mello, j. em 12.9.2000, publicado no DJ de 24.11.2000.

seria contraditório conceber um caráter antidemocrático na atuação de um órgão que busca a sua concretização.

Indubitavelmente, o argumento da impossibilidade de proteção judicial dos direitos sociais é algo inadmissível, um retrocesso que não pode ser cogitado, dada a força normativa que têm os direitos prestacionais e a sua essencialidade. Ocorre que uma atuação desenfreada, com vistas apenas na chamada "microjustiça", fatalmente comprometerá a fruição de tais direitos pelas pessoas mais necessitadas, sendo necessário o estabelecimento de critérios racionais para uma intervenção responsável.

A análise das omissões do Poder Público na concretização dos direitos sociais pode ser realizada sob duas concepções.

A primeira delas, denominada objetivista ou substancialista, parte do pressuposto da existência de direitos absolutos, interpretando-se literalmente a previsão constitucional de que "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata" (CRFB/88, art. 5º, § 1º). Assim, os custos de tais direitos consistiriam em verdadeiras externalidades, não integrando o seu conteúdo.

A segunda concepção, denominada subjetivista ou relativista, toma emprestado das ciências econômicas a ideia de que os recursos são limitados, enquanto as necessidades não têm fim. Consequentemente, a efetividade dos direitos fundamentais é concebida como um princípio, ou seja, um mandamento de otimização, de modo que sua satisfação depende não apenas das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas[44].

Embora existam variáveis dentro das teorias supracitadas – umas mais, outras menos radicais –, é possível perceber que, comumente, as decisões proferidas em demandas individuais adotam uma postura substancialista, utópica, que deixa de lado os custos dos direitos.

Nos dias atuais, é cada vez mais comum a adoção da concepção relativista da teoria os custos do direito, que reconhece obstáculos fáticos e jurídicos à satisfação de direitos sociais. Seguindo-se

[44] ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 90.

essa via, torna-se incogitável, por exemplo, a defesa de um direito "absoluto" à saúde ou a determinado tratamento médico, sem que se fundamente o critério de opção na colisão com normas constitucionais como a isonomia, a impessoalidade e a motivação, através da adoção de critérios claros e sindicáveis na alocação de recursos escassos[45]. A premissa maior é a de que, por depender de recursos escassos, os direitos demandam ou implicam em escolhas disjuntivas de natureza financeira[46].

Tal posição deriva de uma outra, mais abrangente, que se preocupa com a análise econômica na Ciência do Direito, sem que isso se resuma a uma postura utilitarista extremada, descomprometida com valores éticos e morais. A superioridade de Pareto e o critério de Kaldor-Hicks, por exemplo, são antigos princípios que certamente podem ser levados em consideração na alocação de recursos para concretização de políticas públicas. Para o primeiro, uma forma de alocação de recursos é superior a outra se puder melhorar a situação de pelo menos uma pessoa sem piorar a de ninguém. O segundo, por sua vez, em vez de exigir que ninguém saia prejudicado por uma alteração a alocação de recursos, estabelece apenas que o aumento no valor seja suficiente para compensar a perda dos prejudicados[47].

A relação entre Direito e economia não é nova, desenvolvendo-se fortemente nos Estados Unidos da América, com destaque para a escola da ***Law and Economics***, cujo marco é o ano de 1958, quando foi criada a publicação *Journal of Law and Economics* da Universidade de Chicago. Infelizmente, é uma forma de conceber o Direito ainda pouco desconsiderada na tradição jurídica brasileira.

Como ressalta **Cento Veljanovsky**, numa sociedade de recursos escassos, as normas legais são necessárias não apenas para uma solução justa, mas também para evitar o desperdício[48]. Para Flavio

---

[45] AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha*: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 38.

[46] AMARAL, Gustavo. Direito, escassez & escolha: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 80.

[47] POSNER, Richard A. *A economia da Justiça.* Tradução de Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 105.

[48] VELJANOVSKY, Cento. *A economia do direito e da lei: uma introdução.* Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1994, p. 41.

Galdino, uma das decorrências do reconhecimento dos custos dos direitos é a tentativa de reconstrução pragmática da noção de direito subjetivo, para torná-lo operacional na vida real[49].

Pergunta-se: qual o ambiente mais adequado para que se possam discutir tais assuntos diante de um caso concreto, em que se alega uma posição jurídica digna de proteção? No âmbito do processo coletivo. Lá, torna-se praticamente impossível escapar da análise da escassez dos recursos e das limitações jurídicas à concretização dos direitos sociais.

É certo que os direitos sociais podem ser judicialmente tutelados por meio demandas individuais ou coletivas. É o caso, v. g., do direito à saúde: é possível que uma pessoa específica se valha de um processo individual objetivando o acesso a determinado tratamento ou medicamento. Também é possível que esse mesmo tratamento ou medicamento seja exigido para um grupo de pessoas determinadas ou indeterminadas, substituídas na relação processual por um legitimado coletivo.

Ocorre que, de uma maneira geral, os precedentes judiciais revelam ser muito mais fácil obter a prestação desejada em uma ação individual, quando comparada às ações coletivas. Mantendo-se o exemplo das demandas relacionadas com a saúde pública, é quase que irrecusável uma medida liminar pleiteada por alguém que se encontra no leito de morte e necessita de determinado tratamento, ainda que não sejam tão verossímeis as alegações. De fato, em situações assim, a pujança da situação de perigo, aliada ao sentimento de pena dos julgadores, ofusca qualquer argumento contrário à satisfação do direito vindicado.

O que não se diz – nem se procura saber – é a distorção que muitas vezes ocorre por trás de tal sistema piedoso, em detrimento não só da racionalidade do sistema (que, para além dos sentimentalismos, precisa ser autossustentável), mas também das pessoas necessitadas.

Comenta Daniel Sarmento, com base nas conclusões da pesquisa estatística coordenada pelo Prof. Virgílio Afonso da Silva, que, apesar

[49] GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos (direitos não nascem em árvores)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 338.

de todos os avanços reconhecidos no campo do acesso à justiça, o principal "usuário" do Poder Judiciário brasileiro, nas questões relacionadas com direitos sociais, continua sendo a classe média[50]. Os milhares de necessitados que compõem a nação brasileira têm uma participação muito menor, seja pela absoluta insuficiência de Defensores Públicos no país, seja pela própria ausência de conhecimento sobre seus direitos.

Assim sendo, partindo-se do pressuposto de que, em situações de escassez, as decisões alocativas de recursos são também desalocativas, a via das ações individuais gera uma inevitável drenagem dos recursos que seriam destinados às políticas públicas, transferindo-os para a classe média. Tal sistema perverso aprofunda ainda mais as desigualdades sociais no Brasil.

É fácil perceber, portanto, não ser adequada a adoção de um modelo de atuação do Poder Judiciário centrado na microjustiça, ou seja, na resolução de conflitos individuais. Não se quer dizer, com isso, que as demandas individuais sejam sempre inviáveis. Ao revés, é plenamente possível a concretização de direitos prestacionais pela via individual, sobretudo quando identificadas crises de ineficiência, desde que utilizados critérios econômicos e isonômicos. Se os recursos fossem infinitos – como querem crer os adeptos da corrente utópica, imbuídos em uma evidente ingenuidade positivista –, não haveria problema algum.

Os perigos relacionados com o vasto número de demandas individuais residem basicamente em lesões à isonomia e no esgotamento dos recursos existentes. A solução está na adoção de uma concepção macrojudicial, que conduz o Judiciário a raciocinar em cima da razoabilidade da universalização do bem da vida objeto do pedido.

No âmbito do processo coletivo, devem ser analisados necessariamente os impactos da decisão final sobre toda uma coletividade, muitas vezes indeterminável. Pela via da microjustiça, por outro lado, sequer se cogita do peso das decisões e do potencial de universalização, já que, para todos efeitos, sempre "cabe mais um" no orçamento.

---

[50] SARMENTO, Daniel. *Por um constitucionalismo inclusivo*: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 212.

Tome-se como exemplo, mais uma vez, um determinado medicamento ou tratamento médico requerido pela via de uma ação individual, por alguém se encontra em grave situação de saúde. O deferimento de uma medida liminar, embora possa salvaguardar a vida desta pessoa, é igualmente idôneo à cessação da vida de uma outra, que se encontrava na fila de espera da referida prestação e não possui recursos suficientes para obtê-lo.

O tratamento coletivo é certamente preferível, por fornecer critérios claros e abstratos para a correção das políticas públicas, adequando-as à Constituição[51].

Demais disso, à luz do princípio do ativismo judicial, aplicado às ações coletivas, é possível extrair o *defining function* do órgão julgador, imprimindo-lhe uma maior participação em tais demandas[52], flexibilizando-se a técnica processual na interpretação do pedido, de modo a proporcionar uma tutela mais efetiva ao bem jurídico a ser protegido.

Didaticamente, para sintetizarmos tudo o que foi dito a respeito das relações entre Direito e política, merecem destaque, mais uma vez, as colocações de **Dimitri Dimoulis**:

> O direito segue a política e necessita do poder político para ser aplicado. Mas, ao mesmo tempo, o direito funciona como instrumento de crítica do poder político (Mastronardi, 2001, p. 84): tenta limitar a política, submetendo-a a procedimentos e fixando suas finalidades gerais. Essa função limitadora do direito não deve ser desprezada. O Direito prevê uma série de garantias que permitem aos grupos políticos da oposição fiscalizar a atuação da maioria e possibilitam a defesa dos espaços de liberdade dos indivíduos contra intrusões do poder estatal. Basta pensar nas Comissões Parlamentares de Inquérito (art. 58, § 3º, da Constituição Federal) e na garanta do *habeas corpus* (art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal). Em outras palavras, o direito desempenha um importante papel garantista tentando civilizar os conflitos políticos e proteger os direitos dos mais fracos.

---

51 SARMENTO, Daniel. Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 213.

52 DIDIER JR. Fredie; ZANETI JR., Hermes. Curso de direito processual civil: processo coletivo. 6. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2011. v. 4. p. 129.

> [...]
> No binômio direito/política, a política é fator ativo e determinante. Esta cria o direito e consegue alterá-lo[53].

## 4.3. Política e Ética

A compreensão da relação existente entre ética e política foi objeto dos estudos de Henrique Cláudio de Lima Vaz, filósofo brasileiro cujo pensamento tem sido analisado em diversas produções acadêmicas, presente também em questões de concursos públicos. Nascido em Ouro Preto, no ano de 1921, o autor traz, dentre suas maiores influências, o pensamento de Platão, Tomás de Aquino e Hegel.

Para que possamos tratar das relações entre política e ética, é preciso primeiro analisar a antiguidade clássica.

Mergulhando inicialmente no mundo da Grécia Antiga, Lima Vaz afirma que o aparecimento da sociedade política possui uma relação direta com o *ethos*, assim compreendido o conjunto (ou a síntese) dos costumes de um determinado povo. O *ethos*, enquanto "opinião da multidão" ou consenso valorativo, indica a gênese da sociedade política e também do direito, que se constrói no seio de uma comunidade política, a partir da argumentação[54].

Em tal época (antiguidade grega), política e ética não eram concebidas como coisas distintas, mas sim duas faces de uma mesma moeda, constituindo um todo. Cuida-se de um momento histórico marcado pelo que se chama de **universalidade nomotética.** A palavra "nomotética", traduzida do grego, pode ser compreendida como "proposição da lei" ou "capaz de estabelecer a lei". Nessa época, a origem do *ethos* (ética) e do *nomos* (lei política) era a mesma: uma ordem natural, universal e cosmológica, contemplada pela razão[55].

---

[53] DIMOULIS, Dimitri. *Manual de introdução ao estudo do direito.* 6.ed. São Paulo: RT, 2014, p. 75.

[54] SILVA, João Paulo de Lorena. Modernidade e sua crise: a separação entre ética e política em Henrique Cláudio de Lima Vaz. *Revista Espaço Acadêmico*, n. 168, maio/2015.

[55] NASCIMENTO, Maria Lourdes do. A passagem da universalidade nomotetica à universalidade hipotética. *Revista Eletrônica da FAJE*, v. 4, n. 2, 2013, p. 189-194.

Como já visto anteriormente, na antiguidade clássica, **não existe uma separação clara entre justiça e ética**, razão pela qual a aplicação do direito é denominada **"aplicação prudencial do direito"**. Tampouco existe diferença entre **ética e moral**, o que nos leva à seguinte conclusão: na filosofia clássica, **direito, ética e moral** se encontram no mesmo campo.

Explica Lima Vaz: "a universalidade nomotética é aquela que tem como fundamento uma ordem do mundo que supõe manifesta e na qual o *nómos* ou a lei da cidade é o modo de vida do homem que reflete a ordem cósmica contemplada pela razão"[56].

Mas as coisas não serão sempre assim. Essa "união entre política e ética, sob o signo conceptual da universalidade do *nómos*, que se estenderá até a Idade Média greco-cristã, é rompida pela revolução científica moderna"[57].

Na modernidade, o Estado (e, portanto, as relações jurídicas) fundamenta-se nas teorias contratualistas (Hobbes, Locke, Rousseau). Tais teorias, como visto, partem da ideia de que o indivíduo não consegue, sozinho, atender às suas necessidades de segurança, razão pela qual, para proteger seu próprio interesse, abdica de parcela da sua liberdade, por meio de um pacto social.

Essa mesma modernidade é marcada por avanços científicos e pela ideia de que, em lugar da submissão a uma ordem natural cosmológica, o ser humano é capaz de controlar a natureza. Em tal momento, as normas morais e jurídicas perdem seu fundamento natural e absoluto, sendo concebidas como o produto de um acordo contingente entre os indivíduos[58]. Consequentemente, passamos de uma **universalidade nomotética** para uma **universalidade hipotética** (a universalidade da lei e do direito, criado com o objetivo de atingir as consequências desejadas, ou seja, hipóteses).

---

56 VAZ, Henrique Cláudio de Lima. *Escritos de Filosofia II*: Ética e Cultura. 4. ed. São Paulo: Loyola, 2004, p. 156.

57 SILVA, João Paulo de Lorena. Modernidade e sua crise: a separação entre ética e política em Henrique Cláudio de Lima Vaz. *Revista Espaço Acadêmico*, n. 168, maio/2015.

58 MAC DOWELL, João Augusto. Ética e direito no pensamento de Henrique de Lima Vaz. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 9, jan/jun 2007, p. 242-243.

## 5. IDEOLOGIAS

No senso comum, as ideologias podem ser compreendidas como representações do mundo social ideal (ou seja, "visões de mundo", como prefere SAINT-SIMON). Dito de outra forma, as ideologias compreendem um conjunto de opiniões pertencentes a um indivíduo ou um grupo, relativamente a campos como a política, relações econômicas e relações sociais. É possível falar, assim, em ideologia conservadora, libertária, fascista, liberal, socialista, anarquista, comunista etc. Por óbvio, toda forma de compreender o mundo deriva de compreensões prévias dos indivíduos, seres históricos que são. Tal constatação ganha maior relevo quando percebemos que as ideologias derivam de representações ideais, aproximando-se muitas vezes de crenças religiosas (em especial quando marcadas pelo caráter de dogma).

Existe, todavia, uma forma bastante conhecida (e crítica) de compreender a ideologia, atribuída a **KARL MARX**, em sua obra A Ideologia Alemã, em coautoria com **FRIEDRICH ENGELS**. Os citados autores, partindo da abordagem metodológica do materialismo histórico, entendem que "a produção de ideias, de representações e da consciência está em primeiro lugar direta e intimamente ligada à atividade material e ao comércio material dos homens; é a linguagem da vida real. As representações, o pensamento, o comércio intelectual dos homens surge aqui como emanação direta do seu comportamento material"[59].

A premissa marxista entende que as ideias políticas de um povo ("os homens reais") são condicionadas pelo desenvolvimento das suas forças produtivas. As formas de pensamento (e, portanto, também de controle social) derivam diretamente do modo de organização dos meios de produção. É aí que reside, a propósito, grande parte da crítica feita à ótica marxista, por conceber o mundo sob uma linha monocular que o divide em dois grupos: capitalistas (donos dos meios de produção) e proletários, reduzindo a complexidade das relações sociais.

---

[59] MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *A ideologia alemã*. Domínio Público. Disponível em: http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cv000003.pdf. Acesso em: 29 dez. 2016.

Na ótica marxista, a ideologia é vista como uma **falsa percepção da realidade, ou seja, uma falsa concepção da história**. Ela corresponderá às ideias da classe dominante, como resultado da estrutura dos meios de produção, sendo um instrumento de manutenção de tal estrutura. Cuida-se de uma **forma de dominação simbólica (sem uso da força)**, em que o dominado não se vê como tal, concordando, em grande parte, com as orientações políticas do dominante, o que limita a luta de classes e consolida uma forma aparentemente legítima de dominação silenciosa[60].

## 6. A DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM

Proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris, em 10 de dezembro de 1948, através da Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral, e traduzida em mais de 360 (trezentos e sessenta idiomas), a Declaração Universal de Direitos Humanos consiste num documento marco na história dos direitos humanos. Não se trata propriamente de um tratado internacional, mas sim de uma resolução que, por sua natureza, não seria formalmente vinculante.

Com efeito, como ressalta André de Carvalho Ramos, até meados do século XX, o Direito Internacional possuía apenas normas internacionais esparsas referentes a certos direitos essenciais, a exemplo do combate à escravidão no século XIX e a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), em 1919. Nesse contexto, "*a criação do Direito Internacional dos Direitos Humanos está relacionada à nova organização da sociedade internacional no pós-Segunda Guerra Mundial*", tendo como marco inicial a criação da Organização das Nações Unidas (ONU), pela Carta de São Francisco, de 1945[61].

Ocorre que a Carta da ONU, embora tenha explicitado o seu objetivo de proteção dos direitos humanos, não listou expressamente

---

[60] BARROS FILHO, Clóvis de. *A dominação ideological*. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=4bSpHDLhpMI. Acesso em: 29 dez. 2016.

[61] RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 46-47.

quais seriam os direitos essenciais à comunidade internacional, nem criou órgãos específicos para a sua proteção. Consequentemente, em 1948, foi aprovada a Declaração Universal, com trinta artigos explicitando tais direitos. Regidos pelos princípios da **universalidade, igualdade e não-discriminação,** tais direitos foram divididos em dois grandes grupos: **a)** direitos políticos e liberdades civis e; **b)** direitos econômicos, sociais e culturais. Vejamos alguns exemplos de direitos enumerados em cada grupo:

| **Direitos políticos e liberdades civis (artigos I ao XXI)** | **Direitos econômicos, sociais e culturais (artigos XXII-XXVII)** |
|---|---|
| Direito à vida e integridade física | Direito à segurança social |
| Direito à igualdade | Direito ao trabalho |
| Direito de propriedade | Direito à livre escolha da profissão |
| Direito à liberdade de pensamento, consciência e religião | Direito à educação |
| Direito à liberdade de opinião | Direito a um padrão de vida capaz de assegurar a saúde, bem-estar, alimentação, vestuário, habitação etc. |
| Direito à liberdade de associação | |

Apesar da sua natureza de resolução (e não tratado), boa parte da doutrina entende que a DUDH possui natureza vinculante, tendo em vista que a Carta da ONU (que possui natureza de tratado) faz referencia expressa ao seu dever de estímulo e proteção aos "direitos humanos". Assim sendo, a Declaração Universal consistiria numa espécie de extensão da Carta da ONU, um instrumento de sua interpretação autêntica. Não bastasse isso, há também vozes no sentido de que a DUDH teria natureza vinculante por representar o costume internacional sobre o tema.

Em síntese, dividem-se os autores quanto à natureza (vinculante ou *soft law,* sem força vinculante), pelos motivos citados[62]. Em tal ponto, estamos com ANDRÉ DE CARVALHO RAMOS, para quem "*parte da*

[62] RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos.* 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 47-48.

*DUDH é entendida como espelho do costume internacional de proteção de direitos humanos, em especial quanto aos direitos à integridade física, igualdade e devido processo legal"*[63].

Merecem atenção os comentários de REINALDO DIAS:

> O surgimento da Carta das Nações Unidas e da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) implica conceber os direitos humanos de um modo diferente de como se vinha sustentando antes. Os elementos que fazem a diferença são os seguintes: (a) a titularidade exclusiva da pessoa física; (b) a universalidade; (c) a igualdade; (d) a sugestão de ordem pública que adquire a Carta em razão de sua supremacia sobre qualquer tratado.
>
> A DUDH e mais tarde o restante dos Tratados internacionais que tratam da matéria se converteram nos instrumentos jurídicos de referencia nessa temática. Definitivamente, as garantias fundamentais se internacionalizaram e passaram a ser reconhecidas por um instrumento de caráter universal. O conjunto de países da comunidade internacional garante a vigência dos direitos consagrados na Declaração, o que também os torna internacionais e universais.
>
> A universalidade da Declaração fica perfeitamente estabelecida pelo próprio título, ou seja, que se estende para todo planeta e não somente aos estados-membros da ONU. Pela primeira vez, a comunidade internacional reconheceu que dentro de um Estado não se pode cometer crimes horrendos e que, além disso, são geralmente aqueles que têm maiores dimensões e impacto, pois contam com o apoio da estrutura burocrática de poder, que comete os crimes de forma sistemática e muitas vezes meticulosamente organizada[64].

Logo após a edição da DUDH, a extinta Comissão de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas pretendia criar um marco normativo vinculante, planejamento este que acabou se atrasando por alguns anos, em razão da Guerra Fria. Assim, no ano de 1966, dezoito anos após a DUDH, foram aprovados dois Pactos Internacionais: o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais.

---

63 RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos.* 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 48.

64 DIAS, Reinaldo. *Sociologia do direito:* a abordagem do fenômeno jurídico como fato social. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 230-231.

Para além dos dois pactos, a ONU tem estimulado também a adoção de diversos outros tratados de direitos humanos, em temas específicos (a exemplo da Convenção para Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio, da Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados, Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes etc.), a estruturar o chamado **sistema global de direitos humanos.** Os pilares de tal sistema são, portanto, a Carta da ONU, a Declaração Internacional dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais, além dos demais tratados em temas específicos.

Convém fazer uma breve leitura do preâmbulo da DUDH, para melhor compreender o contexto da sua edição:

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS

Preâmbulo

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo,

Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os todos gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do ser humano comum,

Considerando ser essencial que os direitos humanos sejam protegidos pelo império da lei, para que o ser humano não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra a tirania e a opressão,

Considerando ser essencial promover o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações, Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta da ONU, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor do ser humano e na igualdade de direitos entre homens e mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla,

Considerando que os Estados-Membros se comprometeram a promover, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos e liberdades humanas fundamentais e a observância desses direitos e liberdades,

Considerando que uma compreensão comum desses direitos e liberdades é da mais alta importância para o pleno cumprimento desse compromisso, Agora portanto

A ASSEMBLÉIA GERAL proclama

A PRESENTE DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo sempre em mente esta Declaração, se esforce, através do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universal e efetiva, tanto entre os povos dos próprios Estados-Membros, quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição

## 7. QUESTÕES DE CONCURSO

### CONCURSO PÚBLICO PARA PREENCHIMENTO DE VAGAS PARA O CARGO DE JUIZ SUBSTITUTO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARÁ (2011)

*Com base na disciplina constitucional e legal a respeito das súmulas vinculantes, disserte sobre essa inovação trazida pela Emenda Constitucional n.º 45/2004. Em seu texto, aborde, necessariamente, os seguintes aspectos:*

*- definição de súmula vinculante;*

*- objeto e requisitos;*

*- legitimidade para propor sua edição, revisão e cancelamento, de forma autônoma e incidental;*

*- efeitos e possibilidade de modulação.*

**Resposta:**

O tema se encontra exaustivamente explicado no ponto 2.3 do presente capítulo, a que se remete o leitor.

**CONCURSO PÚBLICO, DE PROVAS E TÍTULOS, PARA INGRESSO NA CARREIRA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DE MINAS GERAIS | EDITAL 01/2018**

*Questão 01 – Discorra em, no máximo, 25 (vinte e cinco) linhas, acerca da relação entre Ética e Política nas sociedades modernas, conhecida por universalidade hipotética, explorando os seus efeitos no Direito.*

**Resposta:**

O tema em questão se encontra explicado no item 4.3 do presente capítulo

# BIBLIOGRAFIA

ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Introdução à teoria e à filosofia do direito*. 3. ed. São Paulo: RT, 2015.

ALEMÃO, Ivan; e BARROSO, Márcia Regina. *Sociologia do Direito para Concursos da Magistratura*. Edipro: São Paulo, 2011.

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. 2. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Avogado, 2008.

AMARAL, Gustavo. Direito, escassez & escolha: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

AUGRAS, Monique. À procura do conceito de opinião pública. In: *Opinião pública*: teoria e processo. Petrópolis: Vozes, 1970.

ÁVILA, Humberto. "Neoconstitucionalismo": entre a "ciência do direito" e o "direito da ciência". *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, n. 17, jan./fev./mar. 2009. Disponível em: http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-17-JANEIRO-2009-HUMBERTO%20AVILA.pdf. Acesso em: 26 jan. 2013.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1992.

ARISTÓTELES. *Política*. Tradução de Maria da Gama Kury. 3. ed. Brasília: Editora UnB, 1997.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. *Grandes transformações do direito contemporâneo e o pensamento de Robert Alexy.* Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/palestra-barroso-alexy.pdf.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *In:* SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação Constitucional.* São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

BETTI, Emilio. *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos.* Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1975.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Curso de filosofia do direito.* 8. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

BRITTO, Carlos Ayres. O regime constitucional dos Tribunais de Contas. In: *Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro.* Volume 8. 2º semestre de 2014. Rio de Janeiro: TCE-RJ.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Rever ou romper com a Constituição dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo. Revista de Direito Constitucional e Internacional, vol. 15, p. 7-17, abr.-jun./1996.

CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s).* 4. ed. Madrid: Trotta, 2009.

CARVALHO NETTO, M. A contribuição do Direito Achado na Rua para um constitucionalismo democrático. In: Observatório da Constituição e da Democracia, n. 14. Brasília: Unb, 2007.

CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. A problemática da tutela dos povos indígenas do Brasil. In: BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. A questão indígena. Brasília: MRE, 2003.

CAVALIERI FILHO, Sérgio *apud* GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil.* São Paulo: Saraiva, 2002, v. 1.

CONTRERAS, Francisco José. *La filosofía del derecho en la historia*. 2. ed. Madrid: Tecnos, 2016.

CLAVERO, Bartolomé. El orden de los poderes. Madrid: Trotta, 2007.

CLAVERO, Bartolomé. Happy constitution. Madrid: Trotta, 1997.

CLAVERO, Bartolomé. La máscara de Boecio: antropologías del sujeto entre persona e individuo, teología y derecho. Quaderni Fiorentini: per la storia del pensiero giuridico moderno, v. 39, p. 16, 2010. Disponível em: http://www.centropgm.unifi.it/cache/quaderni/39/0009.pdf. Acesso em: 25 abr. 2017.

COSER, Lewis. *The Functions of Social Conflict*. New York: The Free Press, 1956.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 11 ed. Salvador: Juspodivm.

DA VIÁ, Sarah Chucid. *Opinião pública*: técnica de formação e problemas de controle. São Paulo: Loyola, 1983.

DIAS, Reinaldo. *Sociologia do direito:* a abordagem do fenômeno jurídico como fato social. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil*. Vol. 1. Salvador: Juspodivm, 2015.

DIDIER Jr., Fredie. A Reconstrução da Teoria Geral do Processo. In: DIDIER JR., Fredie (coord.). *Reconstruindo a Teoria Geral do Processo*. Salvador: Juspodivm, 2012.

DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 2. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2010.

DIDIER Jr., Fredie; SARNO, Paula; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. Vol. 3. Salvador: Juspodivm.

DIDIER Jr., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Curso de direito processual civil: processo coletivo. 6. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2011. v. 4.

DIMOULIS, Dimitri. *Manual de introdução ao estudo do direito*. 6.ed. São Paulo: RT, 2014.

DURKHEIM, Émile. *Da divisão social do trabalho*. Trad. Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FAIM FILHO, Eurípedes Gomes. *Legitimidade e responsabilidade do Judiciário em um ambiente democrático*. Disponível em: http://www.epm.tjsp.jus.br/Internas/Artigos/AcervoView.aspx?ID=22423. Acesso em 23 mar. 2017.

FERRARI, Isabela; BECKER, Daniel; WOLKART, Erik Navarro. Arbitrium ex machina: panorama, riscos e a necessidade de regulação das decisões informadas por algoritmos. Revista dos Tribunais, v. 995, p. 635-655, set./2018.

FERRAZ JR., Tércio. *Introdução ao estudo do direito*. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FARIAS, Márcia Ferreira Cunha. A norma no pragmatismo jurídico e a lógica do razoável. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/846/R158-03.pdf?sequence=4&isAllowed=y. Acesso em 2.2.2020.

FERRY, Luc. *Aprender a viver*: filosofia para os novos tempos. Kindle edition. Rio de Janeiro: Objetiva, 2006.

FIORELLI, José Osmir; MANGINI, Rosana Cathya Ragazzoni. Psicologia juridica. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2017, ebook.

FOUCAULT, Michel. A verdade e as formas jurídicas. 3. ed. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2005.

GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos (direitos não nascem em árvores)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*. Madrid: Trotta, 1998.

HOBBES, Thomas. *Leviathan*. A public domain book. Trad. livre. Kindle Edition: 1651.

ISRANI, Ellora. Algorithmic Due Process: Mistaken Accountability and Attribution in State v. Loomis. Disponível em: https://jolt.law.

harvard.edu/digest/algorithmic-due-process-mistaken-accountability--and-attribution-in-state-v-loomis-1. Acesso em: 10 ago. 2019.

JOHNSON, Allan G. *Dicionário de sociologia*. Trad. Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1997.

JOVANOVIĆ, Miodrag A. *Collective Rights:* a Legal Theory. Cambridge: Cambridge Press, 2012.

JUNG, Carl G. *O homem e seus símbolos*. 3.ed. Rio de Janeiro: Harper-Collins Brasil, 2016, p. 22.

KELSEN, Hans. Teoria pura do Direito. Trad. João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

LARSON, Jeff; MATTU, Surya; LAUREN, Kirchner; ANGWINHOW, Julia. We Analyzed the COMPAS Recidivism Algorithm. Disponível em: https://www.propublica.org/article/how-we-analyzed-the-compas--recidivism-algorithm. Acesso em: 10 ago. 2019.

LEAL, Liene Martha. Psicologia jurídica: história, ramificações e áreas de atuação. Diversa (Parnaíba. Impresso), ano 1, n. 2.

LOCKE, John. *Second treatise of government*. Trad. livre. C.B. McPherson, Hackett Publishing Company, Indianopolis and Cambridge: 1980.

LOPES JR., Aury; SEGER, Mariana da Fonseca. *Prova Testemunhal e Processo Penal:* A fragilidade do relato a partir da análise da subjetividade perceptiva e do fenômeno das falsas memórias. Disponível em: http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2012_2/mariana_seger.pdf. Acesso em: 25 jan. 2017.

LUMIA, 2003, p. 26 *apud* DIAS, Reinaldo. *Sociologia do direito:* a abordagem do fenômeno jurídico como fato social. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

LYONS, David. *Ethics and the rule on law.* Cambridge: Cambridge University Press, 1987.

LYRA FILHO, Roberto. Desordem e processo: um prefácio explicativo. In: LYRA, Doreodó Araújo (Org.). Desordem e processo: escritos sobre o direito em homenagem a Roberto Lyra Filho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986.

MAC DOWELL, João Augusto. Ética e direito no pensamento de Henrique de Lima Vaz. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 9, jan/jun 2007.

MACHADO NETO, A.L. *Compêndio de introdução à ciência do direito.* 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. Análise Econômica do Direito. Tradução de Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos:* conceito e legitimação para agir. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil.* Vol. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *A ideologia alemã.* Domínio Público. Disponível em: http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cv000003.pdf. Acesso em: 29 dez. 2016.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Manifesto comunista.* Trad. Álvaro Pina. São Paulo: Boitempo, 2005.

MAZZARESE, Tecla. Towards a positivist reading of neo-constitutionalism. *Associations*, v. 6, n. 2, p. 233-260, 2002. Disponível em: http://www.juragentium.org/topics/rights/en/mazzares.htm. Acesso em: 27 jan. 2013.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Elementos de direito administrativo.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

MICHOUD *apud* MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito.* 26ª ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2005.

MIRA Y LOPEZ, Emilio. Manual de psicologia juridica. 6. ed. Buenos Aires: El Tenel Editorial.

NASCIMENTO, Maria Lourdes do. A passagem da universalidade nomotetica à universalidade hipotética. *Revista Eletrônica da FAJE*, v. 4, n. 2, 2013.

NADER, Paulo. *Filosofia do direito.* 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

NASCIMENTO, Maria Lourdes do. A passagem da universalidade nomotetica à universalidade hipotética. Revista Eletrônica da FAJE, v. 4, n. 2, 2013.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Curso de direito processual civil.* 7. ed. São Paulo: Método, 2015.

NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 227.

NEVES, Marcelo. Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática: mudança simbólica da Constituição e permanência das estruturas reais de poder. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176514/000518647.pdf?sequence=3&isAllowed=y. Acesso em: 2.2.2020.

NUNES, Dierle; MARQUES, Ana Luiza Pinto Coelho. Inteligência artificial e direito processual: vieses algorítmicos e os riscos de atribuição de função decisória às máquinas. Revista de Processo, v. 285, p. 421-447, nov./2018.

OLIVEIRA, Felipe Faria de. A interpretação e construção do Direito na ótica de Jürgen Habermas: Novos paradigmas para a atuação do Ministério Público. *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, edição 22, 2011.

O'NEIL, Cathy. Weapons of math destruction: how big data increases inequality and threatens democracy. Nova York: Crown, 2016.

PASCUAL, Alejandra Leonor. Os povos indígenas e o direito de ser diferente. In: SOUSA JÚNIOR, José Ge-raldo (Org.). Na fronteira: conhecimento e práticas jurídicas para a solidariedade emancipatória. Porto Alegre: Síntese, 2003.

PASCUAL, Alejandra. A construção do diálogo entre os diferentes: base da democracia e da plena realização dos direitos humanos. In: Anais do XIII Congresso de Pós-graduação em Direito (CONPEDI). Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

PASSOS, J. J. Calmon de. *Revisitando o direito, o poder, a justiça e o processo*: reflexões de um jurista que trafega na contramão. Salvador: JusPODIVM, 2012.

PAULO NETO. Alberto. *A relação entre direito e moral em Habermas*: a análise preliminar a *FAKTIZITÄT UND GELTUNG*. Disponível em: https://periodicos.ufrn.br/principios/article/view/10265. Acesso em: 09 fev. 2017.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. I.

POSNER, Richard A. *A economia da Justiça*. Tradução de Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

RADBRUCH, Gustav. *Gesetzliches Unrech und übergesetzliches Recht*. A. Kaufmann e L. E. Backmann (eds), Darmstadt, 1972.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RAWLS, John. *Uma teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *História da filosofia*. Vol. 4. 3 ed. São Paulo: Paulus, 2009.

ROSENFELD, Michel. A identidade do sujeito constitucional. Tradução de Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

ROUSSEAU, Jean–Jacques. *A Discourse Upon the Origin and the Foundation Of The Inequality Among Mankind*. Domínio público, p. 181. Disponível em: https://archive.org/stream/discourseuponor00rous#page/180/mode/2up/search/spirit.

ROUSSEAU, Jean–Jacques. *The social contract*. Domínio público. Disponível em: http://www.earlymoderntexts.com/assets/pdfs/rousseau1762.pdf.

SANDEL, Michael. *Justiça*: o que é fazer a coisa certa. 6.ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2012.

SARMENTO, Daniel. *Por um constitucionalismo inclusivo*: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SEGATO, Rita Laura. Que cada povo teça os fios da sua história: o pluralismo jurídico em diálogo didático com legisladores. Direito. UnB, v. 1, 2014.

SILVA, João Paulo de Lorena. Modernidade e sua crise: a separação entre ética e política em Henrique Cláudio de Lima Vaz. *Revista Espaço Acadêmico*, n. 168, maio/2015.

SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira; COSTA, Fábio Natali; BARBOSA, Amanda Barbosa. *Magistratura do trabalho*: formação humanística e temas fundamentais do direito. São Paulo, LTr, 2010.

SIMMEL, Georg, O conflito como sociação. Tradução de Mauro Guilherme Pinheiro Koury). *Revista Brasileira de Sociologia da Emoção*, v. 10, n. 30, p. 568-573. Disponível em: http://www.cchla.ufpb.br/rbse/SimmelTrad.pdf. Acesso em 17 nov. 2018.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Elementos de teoria geral do direito*, 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SOUSA JUNIOR, J. G. Direito como liberdade: o direito achado na rua. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2011.

SOUZA, Cristiana Jobim. Psicologia jurídica: encontros e desencontros em sua prática. Disponível em: https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos/2014/psicologia-juridica-encontros-e-desencontros-em-sua-pratica-servidora-cristiana-jobim-souza. Acesso em: 06. nov. 2017.

STRECK, Lenio; ABBOUD, Georges. O NCPC e os precedentes – afinal, do que estamos falando? In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; MACEDO, Lucas Buril; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de (coord.). *Coleção grandes temas do novo CPC – v. 3 – Precedentes*. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

STRECK, Lenio. *Porque a discricionariedade é um grave problema para Dworkin e não o é para Alexy*. Disponível em: http://www.e-publicacoes_teste.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/viewFile/8350/6377.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil: Lei de introdução e parte geral. Vol. 1. 6 ed. São Paulo: Método, 2012.

TRINDADE, Jorge; TRINDADE, Elise Karam; MOLINARI, Fernanda. *Psicologia Judiciária – para a Carreira da Magistratura.* 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

VAZ, Henrique Cláudio de Lima. Escritos de Filosofia II: Ética e Cultura. 4. ed. São Paulo: Loyola, 2004.

VELJANOVSKY, Cento. *A economia do direito e da lei: uma introdução.* Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1994.

WALZER, Michael. *Las esferas de la justicia.* México: Fondo de Cultura Económica, 1993.